

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE



PODER JUDICIÁRIO
de Santa Catarina

128

ISSN 1981-402X

**JURISPRUDÊNCIA
CATARINENSE**

Repositório de jurisprudência autorizado pelos Registros n. 8/1985
do Supremo Tribunal Federal e 18/1991 do Superior Tribunal de Justiça.

Ano XLI – 1º e 2º trimestres de 2014 – N. 128 – Florianópolis – SC – 2014

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Publicação trimestral do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, composta de trabalhos selecionados pela Comissão Permanente de Jurisprudência, sob responsabilidade gerencial da Divisão de Documentação da Diretoria de Documentação e Informações, 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. Nelson Juliano Schaefer Martins

Comissão Permanente de Jurisprudência (Portaria n. 039/2014-GP)

Des. José Antônio Torres Marques – Presidente

Des. Luiz Fernando Boller

Juiz de Direito de Segundo Grau Leopoldo Augusto Brüggemann

Diretor de Documentação e Informações

Ricardo Albino França

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

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

21cm.

Trimestral.

Repositório autorizado sob os n. 8/1985–STF e 18/1991–STJ.

ISSN: 1981-402X.

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

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

SUMÁRIO

13 **COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

29 **NOTICIÁRIO**

- 31 Discurso proferido pelo Desembargador Cláudio Barreto Dutra, por ocasião do término de sua gestão à frente da presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina
- 33 Discurso proferido pelo Desembargador Nelson Schaefer Martins, por ocasião de sua posse no cargo de presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina
- 43 Discurso proferido pelo Desembargador José Carlos Carstens Köhler, em nome do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em saudação ao Desembargador empossado Domingos Paludo
- 46 Discurso de posse do Dr. Domingos Paludo no cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina
- 53 Discurso proferido pelo Desembargador Luiz César Medeiros, em nome do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em saudação ao Desembargador empossado Carlos Adilson Silva
- 57 Discurso de posse do Dr. Carlos Adilson Silva no cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina
- 63 Discurso proferido pelo Desembargador Cid José Goulart Júnior, em nome do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em saudação ao Desembargador empossado Ernani Guetten de Almeida
- 68 Discurso de posse do Dr. Ernani Guetten de Almeida no cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- 76 Ação direta de inconstitucionalidade
- 93 *Habeas corpus*
- 100 Inquérito
- 131 Recursos extraordinários

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 213 *Habeas corpus*
- 230 Recursos especiais
- 303 Agravo regimental no recurso especial

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

ÓRGÃO ESPECIAL

- 335 Ações diretas de inconstitucionalidade

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

- 376 Agravo de instrumento
- 383 Apelações cíveis

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

- 401 Embargos infringentes

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

446 Agravo de instrumento

462 Apelações cíveis

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

497 Apelações cíveis

525 Ação rescisória

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

550 Apelações cíveis

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

587 Apelações cíveis

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

646 Apelações cíveis

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

667 Agravos de instrumento

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

684 Embargos infringentes

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

700 Apelação cível

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

708 Apelação cível

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

739 Apelação cível

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

747 Apelações cíveis

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

777 Agravo de instrumento

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

786 Agravo

797 Mandado de segurança

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

809 Apelação cível

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

815 Apelações cíveis

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

851 Apelação cível

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

876 Apelação cível em mandado de segurança

SEÇÃO CRIMINAL

883 Revisão criminal

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

907 Apelação criminal

933 Recurso de agravo

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

949 Apelações criminais

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

991 Apelação criminal

1002 *Habeas corpus*

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

1010 Apelações criminais

1062 *Habeas corpus*

1071 Recurso criminal

1ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1093 Pedido de suspensão de liminar

PRIMEIRA INSTÂNCIA

1103 Sentenças

1145 **RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

1167 **ÍNDICE NUMÉRICO**

1173 **ÍNDICE POR ASSUNTO**

1207 **ÍNDICE ONOMÁSTICO**

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Dezembro de 2014)

Presidente

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Primeiro Vice-Presidente

Des. José Antônio TORRES MARQUES

Segundo Vice-Presidente

Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ

Terceiro Vice-Presidente

Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN

Corregedor-Geral da Justiça

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Vice-Corregedora-Geral da Justiça

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES

Des. José GASPAR RUBICK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. VANDERLEI ROMER

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Des. FERNANDO CARIONI

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES

Des. MARCUS TULLIO SARTORATO

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

Des. CID José GOULART Junior

Des. JAIME RAMOS
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS
Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Desa. REJANE ANDERSEN
Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Des. RODRIGO Antônio da CUNHA
Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Desa. SORAYA NUNES LINS
Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR
Des. RAULINO JACÓ BRÜNING
Des. ROBERTO LUCAS PACHECO
Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Des. RONEI DANIELLI
Des. LUIZ FERNANDO BOLLER
Des. GETÚLIO CORRÊA
Des. PAULO ROBERTO SARTORATO
Des. TULIO José Moura PINHEIRO
Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Des. RICARDO José ROESLER
Des. ROBSON LUZ VARELLA
Des. RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Des. SÉRGIO ANTÔNIO RIZELO
Des. SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desa. DENISE VOLPATO
Des. DOMINGOS PALUDO
Des. ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA

Des. CARLOS ADILSON SILVA

Des. Rogério MARIANO DO NASCIMENTO

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA

Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA

Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR

Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA

Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL

Juiz de Direito de Segundo Grau GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA

Juiz de Direito de Segundo Grau RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI

Juiz de Direito de Segundo Grau ODSON CARDOSO FILHO

Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA

Juiz de Direito de Segundo Grau VOLNEI CELSO TOMAZINI

Juiz de Direito de Segundo Grau LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN

Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL

Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI

Juíza de Direito de Segundo Grau CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA

Juiz de Direito de Segundo Grau FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO

Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER

Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER

Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN

Juiz de Direito de Segundo Grau EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR

Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ ZANELATO

Juiz de Direito de Segundo Grau DINART FRANCISCO MACHADO

Juiz de Direito de Segundo Grau GERSON CHEREM II

Juíza de Direito de Segundo Grau ROSANE PORTELLA WOLFF

Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI

Juiz de Direito de Segundo Grau ARTUR JENICHEN FILHO

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO RICARDO BRUSCHI

Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ CÉSAR SCHWEITZER

Juiz de Direito de Segundo Grau RUBENS SCHULZ

Juiz de Direito de Segundo Grau EDEMAR GRUBER

Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELLO

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS - Presidente

Des. José GASPAR RUBICK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Des. FERNANDO CARIONI

Des. José Antônio TORRES MARQUES

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES

Des. MARCUS TULLIO SARTORATO

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

Des. CID José GOULART Junior

Des. JAIME RAMOS

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS

Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS

Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL

Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER

Des. JOÃO HENRIQUE BLASI

Des. JORGE LUIZ DE BORBA

Desa. REJANÉ ANDERSEN

Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR

Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Des. RODRIGO Antônio da CUNHA
Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Desa. SORAYA NUNES LINS
Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ
Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR
Des. RAULINO JACÓ BRÜNING
Des. ROBERTO LUCAS PACHECO
Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Des. RONEI DANIELLI
Des. LUIZ FERNANDO BOLLER
Des. GETÚLIO CORRÊA
Des. PAULO ROBERTO SARTORATO
Des. TULLIO José Moura PINHEIRO
Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Des. RICARDO José ROESLER
Des. ROBSON LUZ VARELLA
Des. RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Des. SÉRGIO ANTÔNIO RIZELO
Des. SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desa. DENISE VOLPATO
Des. DOMINGOS PALUDO
Des. ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA
Des. CARLOS ADILSON SILVA
Des. Rogério MARIANO DO NASCIMENTO

ÓRGÃO ESPECIAL

Des. José Antônio TORRES MARQUES - Presidente
Des. José GASPAR RUBICK
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES (Substituindo Des. NEWTON TRISOTTO)
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ
Des. RONEI DANIELLI

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS – Presidente
Des. José Antônio TORRES MARQUES – 1º Vice-Presidente
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS – Corregedor-Geral da Justiça
Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ – 2º Vice-Presidente
Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN – 3º Vice-Presidente
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Vice-Corregedor-Geral da Justiça
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Desa. REJANE ANDERSEN
Des. RAULINO JACÓ BRÜNING
Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Desa. DENISE VOLPATO

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Des. José TRINDADE DOS SANTOS – Presidente
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA
Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL
Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR
Des. RAULINO JACÓ BRÜNING
Des. JAIRO FERNANDO GONÇALVES
Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Des. RONEI DANIELLI
Des. SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desa. DENISE VOLPATO
Des. DOMINGOS PALUDO
Des. Rogério MARIANO DO NASCIMENTO
Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Substituindo o Des. MARCUS TULIO SARTORATO)
Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER (Substituindo o Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR)
Juiz de Direito de Segundo Grau GERSON CHEREM II (Substituindo a Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Des. José GASPAR RUBICK – Presidente
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Desa. REJANE ANDERSEN
Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Desa. SORAYA NUNES LINS
Des. LUIZ FERNANDO BOLLER
Des. TULIO José Moura PINHEIRO

Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

Des. ROBSON LUZ VARELLA

Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (Substituindo o

Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER)

Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI (substituindo o Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES)

Juíza de Direito de Segundo Grau ROSANE PORTELLA WOLFF (vago)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Des. PEDRO MANOEL ABREU – Presidente

Des. VANDERLEI ROMER

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Des. CID José GOULART Junior

Des. JAIME RAMOS

Des. JOÃO HENRIQUE BLASI

Des. JORGE LUIZ DE BORBA

Des. RICARDO José ROESLER

Des. CARLOS ADILSON SILVA

Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL (Substituindo o Des. RODRIGO Antônio da CUNHA)

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO RICARDO BRUSCHI (Substituindo o Des. NEWTON TRISOTTO)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. RAULINO JACÓ BRÜNING – Presidente

Des. SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA

Des. DOMINGOS PALUDO

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. José TRINDADE DOS SANTOS – Presidente

Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. FERNANDO CARIONI – Presidente

Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Substituindo o Des. MARCUS TULIO SARTORATO)

Juiz de Direito de Segundo Grau GERSON CHEREM II (Substituindo a Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA)

Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA – Presidente

Des. Rogério MARIANO DO NASCIMENTO

Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER (Substituindo o Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR)

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

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL – Presidente

Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR

Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES

Juiz de Direito de Segundo Grau ODSON CARDOSO FILHO (Cooperador)

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO – Presidente

Des. RONEI DANIELLI

Desa. DENISE VOLPATO

Juiz de Direito de Segundo Grau EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR (Cooperador)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS – Presidente

Des. José GASPAR RUBICK

Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI (Substituindo o Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES)

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desa. REJANE ANDERSEN – Presidente

Des. LUIZ FERNANDO BOLLER

Des. ROBSON LUZ VARELLA

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. TULLIO José Moura PINHEIRO – Presidente

Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

Juíza de Direito de Segundo Grau ROSANE PORTELLA WOLFF (Vago)

Juíza de Direito de Segundo Grau ROSANE PORTELLA WOLFF (Cooperadora)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE – Presidente

Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER

Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (Substituindo o Des. José Inácio Schaefer)

Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (Cooperador)

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente

Des. JÂNIO de Souza MACHADO

Desa. SORAYA NUNES LINS

Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN (Cooperador)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. JORGE LUIZ DE BORBA – Presidente

Des. CARLOS ADILSON SILVA

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO RICARDO BRUSCHI (Substituindo o Des. NEWTON TRISOTTO)

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. JOÃO HENRIQUE BLASI – Presidente

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Des. CID José GOULART Junior

Juiz de Direito de Segundo Grau FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU– Presidente

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. VANDERLEI ROMER

Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (Cooperador)

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

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. JAIME RAMOS – Presidente

Des. RICARDO José ROESLER

Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL (Substituindo o Des. RODRIGO Antônio da CUNHA)

Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL (Cooperador)

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN – Presidente

Juiz de Direito de Segundo Grau RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI

Juíza de Direito de Segundo Grau CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA

Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ ZANELATO

Juiz de Direito de Segundo Grau ARTUR JENICHEN FILHO (Cooperador)

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

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ – CERC

Des. SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA – Presidente

Juiz de Segundo Grau LUIZ CESAR SCHWEITZER

Juiz de Segundo Grau RUBENS SCHULZ

Juiz de Segundo Grau EDEMAR GRUBER

Juiz de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELLO

SEÇÃO CRIMINAL

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA – Presidente

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS

Des. ROBERTO LUCAS PACHECO

Des. GETÚLIO CORRÊA

Des. PAULO ROBERTO SARTORATO

Des. RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO

Des. SÉRGIO ANTÔNIO RIZELO

Des. ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA

Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA (Substituindo o Des.
CARLOS ALBERTO CIVINSKI)

Juiz de Direito de Segundo Grau LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN
(Substituindo o Des. RUI Francisco Barreiros FORTES)

Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT
SCHAEFER (Substituindo o Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS – Presidente

Des. PAULO ROBERTO SARTORATO

Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA (Substituindo o Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI)

Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA – Presidente

Des. GETÚLIO CORRÊA

Des. SÉRGIO ANTÔNIO RIZELO

Juiz de Direito de Segundo Grau VOLNEI CELSO TOMAZINI (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO – Presidente

Des. ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA

Juiz de Direito de Segundo Grau LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN (Substituindo o Des. RUI Francisco Barreiros FORTES)

Juiz de Direito de Segundo Grau LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN (Cooperador)

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Des. ROBERTO LUCAS PACHECO – Presidente

Des. RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO

Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER (Substituindo o Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS)

Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR (Cooperador)

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

JUÍZES-CORREGEDORES

Juiz-Corregedor ANTÔNIO ZOLDAN DA VEIGA
Juiz-Corregedor PAULO ROBERTO FROES TONIAZZO
Juíza-Corregedora MARIA PAULA KERN
Juiz-Corregedor LUIZ HENRIQUE BONATELLI
Juiz-Corregedor ALEXANDRE KARAZAWA TAKASCHIMA

JUÍZES AUXILIARES DA PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar VITORALDO BRIDI
Juiz Auxiliar SILVIO JOSÉ FRANCO
Juiz Auxiliar ANDRÉ ALEXANDRE HAPPKE

JUIZ AUXILIAR DA PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar JEFFERSON ZANINI

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juiz MARCELO PIZOLATI

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

JULIE CECCONI MAZON

DIRETORIA-GERAL ADMINISTRATIVA

CLEVERSON OLIVEIRA

DIRETORIA-GERAL JUDICIÁRIA

RONEI VILMAR BARON

NOTICIÁRIO

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR CLÁUDIO BARRETO DUTRA, POR OCASIÃO DO TÉRMINO DE SUA GESTÃO À FRENTE DA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Eminente Governador do Estado de Santa Catarina, Raimundo Colombo; eminente Presidente da Assembleia Legislativa de Santa Catarina, Deputado Joares Ponticelli, demais autoridades que compõem a mesa e que já foram nominadas, Senhores Desembargadores, Senhores Procuradores, Advogados e autoridades que fazem parte do conjunto de convidados do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Senhoras e Senhores. No dia de hoje, termino a minha gestão à frente do Poder Judiciário de Santa Catarina, com a sensação do dever cumprido. Eu não seria deselegante a ponto de ler todo o relatório de gestão, porque é extremamente cansativo e pontilhado de peculiaridades técnicas, e todos sairiam evidentemente cansados. Vou apresentar o relatório publicamente após o término da sessão, para que todos possam verificar o que foi feito e o que deixou de ser feito pelas contingências naturais da gestão. Eu não teria a humildade suficiente para declarar as minhas deficiências e as minhas dificuldades de gestão. Não teria também a vaidade suficiente para pontilhar as virtudes das minhas atitudes e da minha gestão à frente do Poder Judiciário. Por isso deixo que o critério de julgamento da minha gestão esteja ao alcance de todos e seja avaliado com a necessária parcimônia e a necessária justiça. O que posso sinteticamente dizer é que procurei, nesses dois anos em que estive à frente do Poder Judiciário, dedicar-me integralmente à direção do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e à Justiça do nosso Estado. Ininterruptamente, estive durante esse tempo todo tentando acertar, tentando agir da melhor maneira possível. Se não o pude fazer completamente, foi em razão das circunstâncias e, digo até, das deficiências pessoais e das deficiências inerentes à atividade

pública que, hoje em dia, se torna cada vez mais difícil, seja para o Poder Judiciário, seja para o Poder Executivo ou para o Poder Legislativo, diante de todas as exigências legais e, além disso, de toda a cobrança, com justa razão, da população em geral. Nessas circunstâncias, eu procurei agir da melhor forma possível. O que posso hoje dizer é que procurei, também de forma superlativa, manter um critério de excelente relacionamento com os demais Poderes e com as instituições devidamente constituídas do Estado. E aqui faria questão de agradecer ao eminente Governador do Estado, ao eminente Presidente da Assembleia Legislativa, que muito e de pronto contribuíram para todas as reivindicações, apesar das dificuldades e de alguns contrapontos necessários e peculiares das funções, mas que contribuíram da melhor forma possível para que o Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina tivesse uma excelente repercussão no território nacional. Eu sempre digo e repito que as instituições estão acima das pessoas. Acima de todos nós está o Estado de Santa Catarina, o Poder Judiciário e a Assembleia Legislativa do nosso Estado. E nós somos apenas partícipes dessa relação. Somos julgados cotidianamente por isso. Dessa forma, agradecendo a essas eminentes autoridades, eu estenderia tais agradecimentos, eu não vou citar nomes, a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para a minha gestão. Desde o mais simples atendente do Tribunal de Justiça até o membro mais graduado da instituição. Sem essas pessoas, sem os juízes, sem os servidores e sem aqueles que, de forma direta ou indireta, colaboram para o Poder Judiciário, eu não poderia ter exercido a minha função e a minha obrigação legal. Dessa forma, agradecendo a todos os que colaboraram com a minha gestão, eu não vou me alongar, porque a festa é de quem entra, a festa não pode ser de quem sai. A quem sai, só cabem os agradecimentos. Então, dessa forma, eu, agradecendo a todos, e agradecendo também antecipadamente a presença de todos os que vieram aqui prestigiar esta solenidade, tenho a grata satisfação de passar a Presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que está acima de todos nós, às honradas mãos do eminente Desembargador Nelson Juliano Schaefer Martins. A todos o meu muito obrigado”.

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR NELSON SCHAEFER MARTINS, POR OCASIÃO DE SUA POSSE NO CARGO DE PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Excelentíssimo Senhor João Raimundo Colombo, digníssimo Governador do Estado de Santa Catarina, Excelentíssimo Senhor Deputado Joarez Ponticelli, digníssimo Presidente da Assembleia Legislativa do nosso Estado, Excelentíssima Senhora Conselheira catarinense Gisela Gondin Ramos, que neste ato representa o Conselho Nacional de Justiça por indicação de seu Presidente, Ministro Ricardo Levandowski, Excelentíssimo Senhor Ministro Jorge Mussi, digníssimo representante do Superior Tribunal de Justiça e da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça, Excelentíssimo Senhor Doutor Lio Marcos Marin, digníssimo Procurador-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, Excelentíssimo Senhor Advogado Doutor Tullo Cavallazzi Filho, digníssimo Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do nosso Estado, Reverendíssimo Arcebispo Primaz do Brasil Dom Murilo Ramos Krieger, meu primo, que honra a todos nós com sua presença, prezadas autoridades aqui presentes; Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, do Superior Tribunal de Justiça, que vem de uma longa viagem do país vizinho, Argentina, nos prestigiar com a sua presença, eminente Desembargador Artur Marques da Silva Filho, que representa o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, eminente Desembargador Telmo Cherem, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, eminente Desembargador João Batista Marques Tovo, que representa a Presidência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ilustres Desembargadores Federais, do TRF da 4ª Região: Ricardo Teixeira do Valle Pereira, Sebastião Ogê Muniz, Otávio Roberto Pamplona; Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal de

Florianópolis, Doutor Cesar Souza Júnior, Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal de Blumenau, Doutor Napoleão Bernardes, ilustre Diretor do Foro da Capital, Doutor Luiz Antônio Fornerolli, Desembargador Federal Luiz Fernando Penteadó, Desembargador do Trabalho Edson Mendes de Oliveira, que preside o Tribunal Regional da 12ª Região, Doutor Ivan Ranzolin, Defensor Público-Geral de Santa Catarina, Secretário de Estado da Segurança, Doutor César Grubba, eminente Senador da República e Ex-Governador do Estado de Santa Catarina Luiz Henrique da Silveira, que adiou uma viagem ao exterior para poder estar nesta mesa conosco, os nossos sinceros e vivos agradecimentos. Senhores Ex-Governadores, Senhores Senadores da República, Senhores Ex-Senadores, Senhores Deputados Federais, Senhores Deputados Estaduais, Doutor Salomão Ribas, Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, Senhores Desembargadores do nosso Tribunal, Senhores Juízes de Direito, Senhores Procuradores de Justiça, Advogados, Minhas Senhoras e Meus Senhores. Minhas primeiras palavras são de gratidão e reconhecimento ao Presidente Desembargador Cláudio Barreto Dutra, que, com lealdade, transparência e generosidade propiciou o ambiente ideal para a transição serena e sem sobressaltos, a revelar a realidade da Instituição e a permitir a transferência de todas as informações necessárias e suficientes para o planejamento da próxima administração. Sinto-me autorizado a proclamar em nome dos meus pares o reconhecimento pelo excelente trabalho realizado pelo Desembargador Cláudio Dutra na condução dos destinos do Poder Judiciário no biênio que se completa, ao equilibrar com eficiência a cuidadosa aplicação dos recursos públicos e com atenção aos interesses da magistratura, dos servidores e de toda a sociedade catarinense. A minha saudação também vai ao Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, Desembargador Eládio Rocha, que ainda exerce aquelas honrosas e elevadas funções para o nosso gáudio e orgulho. Trago também a minha saudação aos Desembargadores que passam a ocupar doravante as cadeiras de dirigentes do Tribunal de Justiça: De-

sem bargador José Antônio Torres Marques, 1º Vice-Presidente; Desembargador Luiz Cezar Medeiros, Corregedor-Geral de Justiça; Desembargadora Sonia Maria Schmitz, 2ª Vice-Presidente; Desembargador Cláudio Valdir Helfenstein, 3º Vice-Presidente; Desembargador Ricardo da Luz Fontes, Vice-Corregedor-Geral de Justiça. Ratifico de público o que já foi dito em reuniões preparatórias realizadas entre nós, o meu compromisso de compartilhar a administração do Poder e as decisões estratégicas com os colegas que mereceram o crédito da maioria dos integrantes da Corte, mercê de suas irretocáveis biografias, suas admiráveis qualidades intelectuais e morais e sua dedicação incondicional ao trabalho e à causa da Justiça. Mais uma vez, o meu agradecimento aos meus pares que me conferiram expressiva votação no pleito de 4 de dezembro do ano passado e, por consequência, outorgaram-me legitimidade para a execução do plano de gestão estratégica, produto aliás de repetidas e prolongadas reuniões com desembargadores e juízes. Minha saudação aos valorosos juízes e juízas de primeiro grau de Santa Catarina, cujos talentos, habilidades, energias e potencialidades serão diuturnamente valorizados e requisitados por indispensáveis ao alcance das metas e dos objetivos da Justiça catarinense, que são também as aspirações da sociedade. Temos todos nós, magistrados catarinenses e brasileiros, o privilégio de contar, na condução da AMB pelo Juiz João Ricardo e da AMC pelo Juiz Sérgio Junkes, com lideranças atentas aos sonhos, aspirações e ideais dos juízes, que estão conscientes da nossa missão e do compromisso de participação no ambiente institucional, político e social. Ao Doutor Sérgio Junkes, que aqui também representa a AMB, a nossa saudação. Aos desembargadores de ontem e amigos de sempre, que hoje temos a alegria de reencontrar, o nosso abraço e o nosso testemunho de que seus exemplos de inteligência, dignidade e dedicação à causa da Justiça servem-nos de farol a iluminar o nosso presente e o nosso futuro. Aos dez mil servidores e colaboradores do Poder Judiciário, os cumprimentos pelo trabalho e dedicação com a ratificação do nosso compromisso de valorização e de que lhes seja pro-

porcionado o melhor ambiente de trabalho e oportunidades para que possam contribuir e participar da grande tarefa que nos espera. Aos membros do Ministério Público do Estado, todos muito bem representados pelo Doutor Lio Marcos Marin, aos advogados, indispensáveis à administração da Justiça, na pessoa do Presidente da OAB-SC, Tullo Cavallazzi Filho, e aos Defensores Públicos por seu chefe, o Doutor Ivan Ranzolin, ratifico o propósito de manter abertos, como sempre estiveram, desde outras gestões, notadamente a gestão do Desembargador Cláudio Dutra, todos os canais de diálogo e aproximação. Nossas instituições são indispensáveis ao sistema de Justiça e indissolúveis na missão de bem servir ao povo de Santa Catarina. Ao Senhor Governador do Estado João Raimundo Colombo, à luz de nossa amizade de mais de 35 anos, a confiança de que as relações entre o Executivo e o Judiciário continuarão marcadas pela cordialidade, confiança, lealdade e sinceridade, com a compreensão acerca dos limites, prerrogativas e atribuições de cada Poder. Acentuaremos nossos pontos de convergência e colaboração mútua, tudo em benefício da gente catarinense. Aos Senhores Deputados Estaduais, nas pessoas do atual Presidente da Assembleia Legislativa, Joarez Ponticelli, e de seu próximo Presidente, Deputado Romildo Titon, a nossa confiança na parceria, no diálogo, na troca de informações e na colaboração recíproca, pois Legislativo e Judiciário são expressões concretas e complementares de dimensões conceituais do Estado. Ao Conselheiro Salomão Ribas Junior, Presidente do Tribunal de Contas do Estado, órgão vinculado ao Poder Legislativo, a convicção de que as nossas instituições trabalharão em sintonia. Com a colaboração habitual e orientação técnica da Corte de Contas, a aplicação dos recursos financeiros e orçamentários do Poder Judiciário será realizada na direção estabelecida pelas leis elaboradas pelo nosso parlamento, reflexo da vontade popular. Nossa gratidão e registro especial pela presença desses catarinenses honrados e destacados que são os Ministros Jorge Mussi e Marco Aurélio Gastaldi Buzzi. Estaremos sempre em sintonia com as decisões do Supe-

rior Tribunal de Justiça, a nossa corte para a justiça da cidadania. Ao Conselho Nacional de Justiça, tão bem representado pela nossa conterrânea, Doutora Gisela, o nosso propósito de continuar contribuindo para o aprimoramento do sistema de justiça, a troca de ideias e o intercâmbio de planos e projetos. Manifesto a grata satisfação com a presença de Dom Murilo Sebastião Ramos Krieger, Arcebispo Primaz do Brasil, primo e amigo, que pôde deslocar-se de Salvador para aqui comparecer, ele que na condição de arcebispo da arquidiocese de Florianópolis teve atuação destacada em nosso Estado. À imprensa de Santa Catarina que reverbera e repercute as nossas ideias e projetos contribuindo, deste modo, para a divulgação da missão do Poder Judiciário e a transparência de suas iniciativas. Registro, desde logo, que o incremento da comunicação social e institucional é uma das nossas metas prioritárias, que contará com a indispensável contribuição do Desembargador Ricardo Roesler na sua coordenação, com a participação do Desembargador Rodrigo e de toda a magistratura. Lembro o hino do nosso Estado: ‘ [...] a força está toda do povo nas massas; Irmãos somos todos e todos iguais; [...] o povo que é grande mas não vingativo; Que nunca a justiça e o direito calçou’ mas que por meio da Justiça e do Direito encontrará a liberdade e a libertação, e no ambiente democrático e republicano logrará ver quebradas as algemas da miséria e da opressão. A união de esforços, compromissos e trabalhos entre os três Poderes e as instituições do sistema do Estado e do sistema de Justiça permitirá o cumprimento de suas elevadas missões e seus inadiáveis deveres perante a sociedade. Peço agora, senhores desembargadores, amigos, autoridades, permissão para um breve momento de reflexão e saudade. Há poucos dias afastou-se do nosso convívio o Desembargador Norberto Ulyssea Ungaretti, após longa trajetória profissional e profícua folha de serviços prestados às instituições públicas, à sociedade e muitas vezes, anonimamente, às pessoas mais humildes. Além de magistrado no Tribunal de Justiça, foi Secretário de Estado, professor da Universidade Federal de Santa Catarina e nos últimos anos

dedicava-se com intensa paixão à advocacia. Escritor e cronista com inspiração na heroica e tricentenária Santo Antônio dos Anjos da Laguna, deixou-nos um legado de erudição, conhecimento, ciência, humanidade e compaixão que nos serve de modelo e inspiração. Com o Desembargador Ungaretti, cultivei amizade ao longo de quase 40 anos e tive o privilégio de trocar mensagens com o meu eterno Professor de Direito de Família. Em sua penúltima manifestação para mim, ele escreveu: ‘Meu caro Nelson, não preciso dizer o quanto me alegrei com sua ascensão à Chefia do Poder Judiciário de Santa Catarina. Mas o poder não nos vem às mãos por acaso. Pense nas centenas de criaturas sem vez e sem voz, que estão sofrendo no nosso execrável sistema carcerário, frequentemente tendo já cumprido a pena a que foram condenadas!! A punição que o Estado pode e deve aplicar é a privação da liberdade, mas não do direito às mínimas condições de respeito à dignidade inerente a todos os seres humanos. A política da administração carcerária é atribuição do Poder Executivo, mas a execução penal é responsabilidade do Judiciário - é esta a porta por onde você, com sua sensibilidade social e humana, poderá transitar, levando alívio e justiça a tantos sofredores! Afetuoso abraço de seu amigo e velho professor Norberto Ungaretti’. Assinalo que na nossa proposta de políticas públicas, escrita com a participação, dentre outros, dos Desembargadores Victor Ferreira, Sérgio Izidoro Heil e Lédio Rosa de Andrade, a envolver as áreas de juizados especiais, da infância, juventude e idoso, violência doméstica, regularização fundiária nos bairros populares, encontra-se destacada a preocupação com a execução penal, o sistema prisional, o combate à tortura e à criminalidade organizada. Por isso, Senhor Governador, manifesto perante Vossa Excelência, e perante toda a sociedade aqui tão bem representada, que estarei, em sintonia e entendimento com o Corregedor-Geral da Justiça, Desembargador Luiz César Medeiros, e com o Vice- Corregedor, Desembargador Ricardo Fontes, a buscar a atuação e influência do Poder Judiciário e a prática e execução de programas que envolvam a implementação de mutirões car-

cerários, de programas de reinserção profissional e social dos egressos do sistema carcerário, de humanização das prisões, de monitoramento eletrônico, que o Poder Executivo por sua Secretaria de Justiça e Cidadania e também por sua Secretaria de Segurança já está a implementar, com o intuito de esvaziamento de celas, tudo no intento de contribuir para o cumprimento dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Para tanto, contarei com a sensibilidade e experiência da Desembargadora Salete Sommariva, que coordenará o Cepevid. É também compromisso da nova administração do Tribunal a incessante e incansável busca pela eficiência nas áreas de gestão de processos e a efetividade do processo, com a utilização de todos os instrumentos e tecnologias ao nosso alcance e oferta de uma melhor resposta aos jurisdicionados, com o intuito de contribuir para o desenvolvimento social e econômico de nosso Estado. O eficiente sistema de justiça depende da redução de custos e de decisões rápidas, justas e previsíveis. A afirmação do Estado de Direito implica na observância dos preceitos de segurança jurídica, com estabilidade de conceitos e de relações sociais. Está vinculada à confiança da sociedade nos atos do Poder Público, na sujeição aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, na igualdade perante a lei e na oferta de soluções isonômicas. Estes são propósitos que nortearão nossas atitudes e providências. O Desembargador João Henrique Blasi, coordenador de planejamento, estará conosco neste projeto. A política de segurança institucional de magistrados e servidores será liderada pelo Desembargador Cid Goulart, com os olhos voltados para a atuação integrada dos órgãos de segurança, das polícias civil e militar. Integrará o nosso comitê de segurança, ao lado do oficial da polícia militar que lá se encontra, prestigiado e experiente Delegado de Polícia, gentil e especialmente designado pelo Senhor Secretário de Segurança, Doutor Grubba. Para a área de engenharia, contaremos com o dinâmico concurso do Desembargador Antonio do Rego Monteiro Rocha, engajado no projeto de envidar esforços no sentido da tempestiva aplicação dos recursos orça-

mentários destinados a construções, reformas, adaptações e ampliações de nossos equipamentos e edifícios nas diversas regiões de nosso Estado. Senhores presidentes e representantes dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul, Senhores representantes do Tribunal Regional Federal, Senhores representantes do Tribunal Regional do Trabalho, Senhor Presidente do Tribunal Regional Eleitoral. Pretendemos, nobres magistrados e dirigentes, definir com estas cortes de justiça uma política de aproximação para o intercâmbio de ideias, experiências, projetos e estratégias de interesse comum. Agradeço, em meu nome e em nome dos demais dirigentes que hoje foram empossados, a presença dos amigos de tantos Estados e cidades, prefeitos municipais, empresários, profissionais liberais como médicos e advogados. E aqui posso vislumbrar amigos do Rio Grande do Sul, especialmente de Porto Alegre, amigos de São Paulo, especialmente da Capital, do nosso Estado de Santa Catarina, expressiva comitiva de Blumenau, amigos de Chapecó, Faxinal dos Guedes, Balneário Camboriú, do Sul, do Norte, do Planalto, do Oeste e de todas as regiões, muito obrigado pelas prestigiosas e agradáveis presenças. Registro minha gratidão e reconhecimento à equipe de assessores que me acompanha há tantos anos; dedicados, leais e incansáveis, que têm contribuído para que o gabinete alcance até os dias de hoje índices de produtividade e de qualidade técnica que conferiram ao meu nome credibilidade e confiabilidade profissionais e funcionais. Por todos, refiro o nome de Luiza Maria Dalpasquale, fiel Secretária Jurídica que está a meu lado há mais de 22 anos. Como também registro a honrosa presença dos familiares dos empossados, do Desembargador Torres Marques, do Desembargador Luiz Medeiros, da Desembargadora Sônia Schmitz, do Desembargador Cláudio Valdyr e do Desembargador Ricardo Fontes. Recebam, da nossa parte, o mais afetuoso e carinhoso abraço. Nosso carinho a todos pela presença, muito feliz para nós neste momento. Rendo preito de gratidão, saudade e respeito à memória de meu querido pai, Nelson Antunes Martins, que sempre nos orientou, a mim e ao

meu irmão, para a prática do bem. Exemplo de homem justo, íntegro e severo, mas que aliava honestidade e lealdade com alegria, otimismo e generosidade. À minha querida Mãe, Dona Therezinha Schaefer Martins, lúcida e saudável em seus 80 anos, a gratidão pelo amor de toda uma existência e pela formação primorosa que nos propiciou, a mim e ao Jorge, avançarmos diante dos desafios da vida. Ao meu estimado Irmão, Desembargador Jorge Henrique Schaefer Martins, amigo, parceiro e conselheiro de todas as horas. À minha esposa, Cíntia Beatriz, companheira, amiga, amor da minha vida, as palavras de Tom: ‘Quero a vida sempre assim, com você perto de mim, até o apagar da velha chama’. Aos meus amados filhos, Juliano e Diego, meus orgulhos, minha alegria, minha convicção e confiança em vocês, pelas suas inteligências, talentos e conquistas de cada um, a esperança de futuro luminoso aos dois; suas vitórias são para mim a maior graça e produzem-me a melhor sensação de júbilo. À minha nora, a carinhosa e afável Ana Carolina, amável filha que incorporamos com imensurável carinho à nossa família. Ao meu neto Matheus, luz e alegria de meus dias de maturidade, presença que me aquece a alma e o coração, destinatário da mais intensa expressão de meu amor. Por fim, amigos, colegas, familiares, peço permissão para ler fragmentos de mensagem de final de ano de 2013 que encaminhei aos valerosos juízes do Norte do Estado e que entendi oportuno trazer-lhes, para compartilhar algumas reflexões de um juiz com 33 anos de exercício da judicatura, e eu direcionaria essa breve mensagem aos juízes, especialmente àqueles que ainda estão no início de suas carreiras: ‘Preservem seus sonhos e ideais; procurem julgar com equidade sem distinções, sem privilégios, sem preconceitos, sem discriminações; estejam comprometidos com o bem comum, a solidariedade, a vida, a liberdade, a verdade, a segurança, a cultura da paz, o respeito à dignidade humana; combatam a crueldade, a brutalidade, a prepotência, a violência, a vingança, a mediocridade, a inveja, a maledicência e todas as formas de humilhação; defendam a independência do Judiciário e do magistrado, a liberdade de ex-

pressão, o diálogo, a busca da conciliação; respeitem e prestigiem os jovens, as crianças, os idosos, as mulheres violentadas e violadas, os deficientes, os diferentes, os muito pobres; cultivem a vida em família, sejam maridos e esposas parceiros e, no ambiente familiar, contribuam para a paz e a harmonia no aconchego do lar, onde poderão encontrar proteção; busquem ser humildes, serenos e equilibrados; coloquem-se por alguns momentos nos lugares daqueles que tenham que mandar para o cárcere, daqueles que tenham de desalojar da casa que consideram seu lar, dos que são oprimidos, das vítimas da calúnia, da infâmia, até mesmo divulgadas pela imprensa e internet; estejam atentos à expressão de Thomas de Kempis: *Sic Transit Gloria Mundi* – assim passa a glória do mundo, as coisas mundanas são passageiras; tenham consciência da natureza transitória da vida e das honras terrenas; nas suas caminhadas, procurem merecer o respeito dos colegas, o carinho da família, o reconhecimento daqueles a quem vocês servem; se ao concluir suas trajetórias, tiverem obtido estes valores, se estiverem protegidos do escândalo e da vergonha, tereis alcançado o patrimônio mais valioso, que é o da honra e da integridade’. Saúde, alegria e felicidade a todos. Muito obrigado.”

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR JOSÉ CARLOS CARSTENS KÖHLER, EM NOME DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, EM SAUDAÇÃO AO DESEMBARGADOR EMPOSSADO DOMINGOS PALUDO

“Ser bom é fácil. O difícil é ser justo” (Victor Hugo). Exmo. Sr. Des. Nelson Juliano Schaefer Martins, mui digno Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em nome de quem saúdo todos os integrantes da mesa dirigente dos trabalhos da presente sessão solene, bem como as demais autoridades já mencionadas pelo protocolo. Ilustres familiares e amigos do empossado, em especial seus irmãos José, Pedro, Hiriberto, João, Maria e Bernadete, filhos Mônica e Anderson, neto Vitor Hugo, ladeados por sua noiva Andréia. Senhores Desembargadores, Senhoras Desembargadoras. Estimado Desembargador Domingos Paludo, minhas senhoras, meus senhores. As minhas primeiras palavras são de imensurável agradecimento ao eminente Presidente desta Corte pela honrosa delegação de dar boas-vindas ao Desembargador Domingos Paludo. Impende registrar o empenho incessante de nosso Presidente em dar o melhor para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional nos pagos catarinenses, tarefa árdua, bem confiada, na qual pode contar Sua Excelência com seus pares e aguardar tranquilamente o julgamento da história, único e infalível em nossa existência terrena. Com certeza não sou a pessoa mais indicada para a tarefa, porém farei até o impossível para levá-la a contento. Em verdade, estou convicto de que o que hoje acontece não é obra do acaso, do destino ou de mera coincidência, mas, sim, da Providência. Para facilitar as colocações que seguirão, rogo especial fineza ao Desembargador Domingos Paludo de poder tratá-lo como em nossos longos diálogos: Paludo. Permissão concedida? Grato. Hoje é dia de festa, alegria e, quiçá, alguma leve, porém necessária,

reflexão. Tomo a liberdade de iniciar pela última. O papel do juiz tem se alterado ao longo dos tempos, no afã de buscar sintonia fina com o tecido social, e qualquer digressão a respeito seria cansativa. Todavia, forçosa é a afirmação de que, em um país como o nosso, continental e diversificado, incumbe ao juiz não se quedar diante de realidades aparentemente imutáveis, e, como já ouvi alhures, “não permitir que a justiça seja como uma teia de aranha, que retém a mosca e deixa circular livre e debochadamente o elefante”. É cômico de tal mister que aqui, em momento revestido de ímpar oportunidade, chega em caráter definitivo o Paludo. Nascido na localidade de Linha Campinas, município de São Lourenço do Oeste, um dos doze filhos do casal Paulino Paludo e Florença Irene Ebone Paludo, agricultores, cujas presenças se fazem sentir na presente solenidade, só que vibrando em frequência diferente e elevada, a qual é imperceptível aos meros olhos humanos. Eles – Paulino e Florença – acompanhados dos irmãos do empossado, Severino, Claudina, Antônia, Ricardo e Salete, estão em estado de alegria, já que pessoas da lida rural, com mãos dignas e calejadas, durante anos a fio produziram sagrados alimentos e hoje assistem, graças a seus exemplos de vida, o Paludo chegar ao ápice da magistratura. Foi no campo que Paludo iniciou sua labuta e até hoje assiste o desdenho com a produção primária de parte considerável da sociedade que, infelizmente, se alia ao abandono governamental. Cabe aqui a expressão – em face das dificuldades geográficas – de largo emprego no nosso grande e querido Oeste: “O milho se planta de espingarda e se vê colhido a laço”. Através de escolas públicas e posteriormente do seminário, Paludo logra aprovação no vestibular para o curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, onde vem a colar grau no ano de 1986. Empós prestar relevantes serviços para esta Corte, entre os anos de 1982 e 1990, é aprovado no concurso para Juiz Substituto, e toma posse em 18-6-1990, passando a judicar nas comarcas de Dionísio Cerqueira, São José do Cedro, Anchieta, Itapiranga, Taió, Concórdia, Xanxerê, Criciúma e na Capital. A substituição neste Sodalício é alcançada em data de

5-11-2007. Paludo aqui aporta com vastíssima experiência, inescandível dedicação, amor ao trabalho judicante e, sobretudo, ímpar dignidade. Aliás, dignidade e bom senso, atributos que sobram em Paludo, é que são faltantes em determinados órgãos públicos dos mais variados setores e poderes da República brasileira. Traçar seus atributos é tarefa invencível. Contudo, tomo a liberdade de afirmar que, graças a sua sensibilidade, tem, não raras vezes, a seu favor o fato de visualizar o que ninguém viu, ler o que não está escrito e ouvir o que não foi claramente dito. Tal quadro denota a sua vocação para a tarefa de ser justo, objetivamente. A sua intangível vida pgressa é, sem nenhum titubeio, a certeza de que levará com o costumeiro êxito a sua missão nesta Corte, contando sempre com sua valorosa assessoria, gerenciada pelo preclaro Clodomir Ghizoni. Este Colegiado, Paludo, o recebe de braços e coração abertos, já que somos uma instituição plural, onde os embates e diferenças não de ficar restritos só ao campo do convencimento. Os seus irmãos José, Pedro, Hiriberto, João, Maria e Bernadete, filhos Mônica e Anderson, neto Vitor Hugo e noiva Andréia têm motivos de sobejo para estarem contentes, já que você aqui ancora por seus próprios méritos e pela ampla, sagrada e frontal porta da instituição. Rogo vênua a todos os presentes para, como amigo, prestar um testemunho de que você se enquadra perfeitamente numa das expressões sublimes do amor na qual reside a amizade, acerca do que já se disse: “Amigo de verdade não é aquele que diz simplesmente ‘vá em frente’, mas sim o que estende a mão e afirma ‘eu vou junto’ ”. Penso que já me alonguei demais, escapando do meu conhecido pragmatismo, já que a distância entre dois pontos ainda continua sendo uma reta. Parabéns pelo exemplo de jornada, e como já dizia o Juiz dos Juizes: “Glória a Deus nas alturas e paz na Terra aos homens de boa vontade”, como você, Domingos Paludo. Continue digno, justo e feliz. Muito obrigado.”

DISCURSO DE POSSE DO DR. DOMINGOS PALUDO NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Excelentíssimo Senhor Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Desembargador Nelson Juliano Schaefer Martins, em cujo nome também cumprimento as demais excelentíssimas autoridades componentes da mesa. Alegria-me, senhor Presidente, que tenha sido Vossa Excelência a me franquear o ingresso a esta Corte, pelos altos valores que professa e fazem espalhar em torno de si uma aura de tranquilidade, entendimento, paz, esperança e fé, que nos honra a todos e há de iluminar a instituição, ao custo da comunhão de esforços, que tão bem sabe arregimentar. Excelentíssimo Senhor Desembargador José Carlos Carstens Köhler, creio não ser merecedor, mas agradeço as belíssimas palavras proferidas pelo nobre colega e dileto amigo, que me calaram fundo n’alma e na dos meus, em cujo nome também agradeço. É uma honra contar com vosso crédito neste momento de ascensão na carreira; tenho plena convicção de que vosso julgamento não é algo de fácil conquista, pelas virtudes que cultiva como pessoa de caráter nobre e Magistrado apaixonado pelas causas da Justiça. Conheci-vos na longínqua Anchieta, em madrugada chuvosa de júri, a que compareceu o juiz de São Miguel do Oeste, decerto à vista de minha então inexperiência de juiz substituto recém-empossado, trazendo sua solidariedade e seu vasto saber em gesto com o qual plantou preciosa semente de amizade, consideração e respeito, que o tempo fez crescer e Deus houve por bem abençoar, muito me honrando e pavimentando caminhos do porvir. Excelentíssimos senhores Desembargadores, que compõem e compuseram este egrégio Tribunal, defensores do que a sociedade tem de mais caro, ombros fortes para esperanças quase ilimitadas de uma sociedade

carente de justiça e diretrizes, exímios julgadores, a quem de há muito aprendi a admirar e aos quais venho a crescer as minhas escassas possibilidades no supremo ideal de aprendizado da justiça, em clima de entendimento fraterno. Excelentíssimos colegas integrantes da lista dos inscritos para a promoção de que emergi como eleito, sabemos que “só existe uma verdadeira disputa, uma única competição real e decisiva: a das virtudes contra os defeitos, no campo de batalha de nossas almas”, e que qualquer um de nós, a seu modo, honraria o cargo. Excelentíssimos Senhores Juízes, Promotores de Justiça, Advogados, meus familiares, parentes e amigos, senhoras e senhores aqui presentes, que muito me honram com suas presenças, prestigiando esta solenidade; Caríssimos, correu célere o tempo desde que ingressei na magistratura. Tinha a meta de me tornar um bom juiz, custasse o trabalho e a dedicação que custassem. Servi-me da riqueza dos modelos de magistrados que me precederam e honram e engrandecem este Estado. Contudo, contemplo agora, foi longo o caminho, desde o sonho à sua concretização, dentro dos meus limites. Edificaram-me, para além das portas do lar, lições de dois mestres e ex-presidentes deste egrégio Tribunal: o professor May Filho substituiu a bandeira que eu portava feliz, ensinando que o Direito não é arma para vitórias e derrotas, mas ferramenta para distribuir paz e felicidade; e o professor Ivo Sell, que, empolgado por algum desempenho escolar, me acenou com a direção da magistratura, auxiliando minha vitória sobre a inferioridade que nutria e obstava sonho tão alto, impensável e presunçoso. Entendi então Fernando Pessoa: “somos do tamanho de nossos sonhos”. Ainda recordo o susto com a cadeira recém-ocupada pelo hoje Des. Jaime Ramos à frente da Segunda Vara de Canoinhas, na minha estreia. Tanta consideração e respeito granjeara, que o tomei por modelo a ser seguido até onde minhas possibilidades permitissem. Havia também pegadas ainda quentes de outros brilhantes juízes, cuja memória desejava honrar a qualquer custo. Esses custos foram enormes, contudo, para os que ainda estão na fase do sonho, ou já a meia jornada, fique claro: valeu

a pena! Faria novamente: melhor talvez, mas faria, porque a alegria deste momento cobre com folga a multidão das dificuldades superadas. A felicidade que sinto, em que pese o acréscimo das responsabilidades, nem cem vezes as dificuldades do caminho lograriam esmaecer. Hoje assumo novo compromisso perante este Tribunal de Justiça, o Tribunal de minha consciência, a sociedade, o Estado e perante o próprio Senhor da Vida: hei de me esmerar. Modelos, também agora, não faltarão. O exercício da magistratura nesses anos foi maravilhoso esforço autoeducacional: me mostrou a dose justa de amor e suavidade que compõe a justiça; o engajamento que a satisfação dos anseios sociais exige; o olhar construtivo para o futuro, que evite o conservadorismo infrutífero e o cientificismo empolgante e estéril; a elevação, que observa mais paciente as disputas, entre iguais e diferentes, os que atentam e os indiferentes aos nossos cabedais, sem crescer-lhes emoções; e a moderação, difícil mas necessária, para aplaudir o justo sem massacrar o injusto. Quem mais ganhou fui eu, que amadureci para um ser humano melhor, pela análise das imperfeições alheias, indagando sempre em qual medida também não estariam no meu quintal. Aprendi que com a proteção de Deus e muito trabalho é, sim, possível abandonar as lavouras da Linha Campinas de minhas agrídoces e poéticas infância e adolescência, e alcançar a magistratura, como a coroação plena de êxito, nesta insigne carreira. É claro que bastas vezes renteei o abismo, que chamava ao desânimo quanto à prática das virtudes, mas ouvi recomendação de Emmanuel, pelo lápis de Francisco Xavier: “Demagogos do desânimo dirão, apressados, que o mundo nunca se desvencilhará da lei de Caim; que os tigres da inteligência continuarão devorando os cordeiros do trabalho; que a mentira, na história, prosseguirá entronizando criminosos na galeria dos mártires; que a perfídia se anteporá, indefinidamente, à virtude; que a mocidade é carne para canhões e prostíbulos; que as mães amamentam para o sepulcro; que as religiões são fábulas piedosas para consumo de analfabetos; que as tenazes da guerra te constringirão a cabeça, sufocando-te a voz no silêncio do

horror... Tentarão, decerto, envolver-te na nuvem do pessimismo, induzindo-te a esquecer o presente e o futuro, na taça da tranquilidade e prazer em que anestesiam o pensamento. Contudo, reflete levemente e perceberás que os trânsfugas do dever, acolhidos à negação e infantilizados no medo, simplesmente desfrutam a paz dos entrevados e a alegria dos loucos.” A sociedade conta com os nossos melhores esforços, para a construção de dias melhores, e nos diz lentos – à vista da agilidade que os avanços em outras áreas prometem generalizar, vindo de longe nossas obrigações – e inacessíveis – pois nosso agir exige a atividade dos jurisdicionados – , contudo a Justiça sempre esteve em constante elaboração, e as reformas devem ser lentas pela ordem mesma da elevação das coisas com que lidamos, onde a insegurança não cabe. Relancear na história revelará fácil que análises tais não são novas, ou o tempo não teria consagrado palavras de Rui Barbosa de que “A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”, certo que, depois desse vulto jurídico, o progresso acelerou sobremaneira todas as coisas e expectativas, bastando que nos reframos às comunicações, aos transportes e energias, que levaram o homem à lua. É enorme a gama de direitos que somente foram reconhecidos na Constituição atual, antes da qual aprendi, nos bancos acadêmicos, que bastava aplicar uma norma que regulasse os impasses das pessoas, e, pois, satisfeitas a regularidade jurídica e a paz social. Será? As transformações sociais, sobretudo com a criação do Estado Democrático de Direito, trouxeram tempos de glória, novas posturas, mentalidades e progresso. Na mesma proporção, novas controvérsias, mas não aparelhos judiciais novos. Tenho por seguro que a mudança do mundo que me compete e a cada um, se restringe ao território da própria alma, certo que de mais Alto são gerenciados todos os esforços, e me entrego, assim, confiante, ao trabalho, na visão de Francisco de Assis: O que temer? Nada. A quem temer? A ninguém. Por que? Porque aqueles que se unem a Deus obtêm três grandes privilégios: onipotência sem poder; embriaguez sem vinho e vida sem morte. Com essa disposi-

ção, chego grato, honrado e feliz a esta Corte Maior da Justiça catarinense, para assumir o cargo de Desembargador, neste Estado em que nasci e cresci, terra de lutas e de glórias, do povo ordeiro, pacífico e progressista. É infinita a gratidão que sinto por todos aqueles que me auxiliaram até aqui, nem todos nomináveis. Além de ponderações poéticas e filosóficas, são, pois, de rigor, agradecimentos. Este momento também é de saudade, principalmente de meus pais, colo do próprio Deus na terra, que nem todos os olhos divisarão, mas que se fazem presentes, acorrendo ao convite que lhes enderecei: recebam a minha eterna gratidão. Foi pensando honrá-los que tomei esse caminho, valorizando vossas palavras e o “exemplo que arrasta” que segui meus próprios passos, e cheguei aqui, procurando nos valores do trabalho perseverante e da fé cristã que me legaram intransigentes a inspiração e a ferramenta para estas realizações. Partilhem, pois, agora comigo, em justo tributo, a honra deste momento. Vencemos. Aqui estou: no último grau da Justiça do Estado. Espero que se orgulhem de mim, como me orgulho de tê-los recebido por pais. Agradeço a meus irmãos, que cruzaram o Estado para esta solenidade, Pedro, João, Maria, José, Heriberto e Bernadete, arquivos vivos de nossas existências, nem todas felizes, mas todas construtivas; apoio incondicional de toda hora, a torcida nas lutas, o conselho oportuno, o estímulo constante, a fé e a alegria partilhadas, o erro para o exercício do perdão e vice-versa. Agradeço aos amigos muito especiais, que escolheria para irmãos se possível fosse: Antônio, Cesar, Clodomir, Elke, Max e Celma, tão importantes que foram e são, parceiros dos trechos angustiantes e festivos, nas escolhas difíceis que a vida trouxe, facilitando meu crescimento como pessoa, meu progresso e autoeducação. Sem vocês, minha vida seria amarga. Agradeço aos integrantes de meu gabinete, de tantos exercícios, nem todos acertados, porque ninguém se diploma sem errar alguma equação. Obrigado pelo auxílio, pela sabedoria, paciência no entrosar das experiências e da ciência que dominamos. Em especial, sou grato a Clodomir Ghizoni, amigo sincero e dedicado, competente parceiro de há

muito, lidador eficiente e incansável de todas as atividades que Deus nos confiou. Sou grato também às Fernandas Crippa e Lunelli, à Dani, ao Eluan e à Maria Tereza. Mais que amigos, esses cireneus suportaram muitas vezes o peso da cruz que era só minha. Meus filhos, Mônica, Anderson e o meu neto Victor Hugo, minha noiva Andréa: eu vos amo, embora a dedicação ao trabalho. Sóis de minha vida, que aqueceis no vosso sorriso, fortaleceis na harmonia da convivência, e no perdão de que tanto preciso à imperfeição que ainda levo. Sou pela felicidade de cada um. Sois os parceiros mais próximos, que o próprio Deus me concedeu. Rogo-vos que compreendam que no colégio da vida as provas são individuais, apesar da união que o amor gera. Confio no sucesso de vocês, mas lutem para estender os próprios limites, e, se a escuridão chegar, lembrem-se que o amor é luz e a luz dissipa as trevas. Amo vocês. Agradeço Luiz Alberto, Osvaldo, Celina, Lino, Meri, Dalva, Dirceu, pelos braços abertos que me acolheram, na partilha da compreensão e da alegria, fortalecendo-me na jornada. Aos Excelentíssimos Senhores Desembargadores José Carlos Carsten Kohler, Jaime Ramos, Sônia Maria Schmitz, Carlos Alberto Civinski e Luiz Fernando Boller, como aos que os seguiram, agradeço as palavras elogiosas que me foram dirigidas na ocasião da promoção por merecimento a este alto cargo. Suas manifestações e felicitações jamais serão esquecidas e me fornecem combustível para as realizações futuras. Agradeço, por fim, aos amigos espirituais, luz de meus olhos, paz de meu coração, saúde que me garante, amor que me nutre, alegria de meu sorriso, sabedoria que tanto busco, balança de minha vida, aval de minhas realizações, fonte da força que me impulsiona: em festa, minh'alma rende-vos graças, porque foi longa a jornada e foram tantos os meus tropeços e fraquezas, e, inobstante, o vosso trabalho persistente e esclarecido lapidou-me a partir do bloco de pedra bruta. Deus vos recompense de todas as empreitadas, cumulando-vos de luz, paz e harmonia, mas não me deixem só. Somemos sempre maior força nos ideais comuns. Por fim, a todos, dirijo meu sincero agradecimento pelo quanto sou, e humilde

pedido de perdão pelos equívocos que, não tivesse cometido, me teriam furtado peças na minha edificação pessoal. Rogo aos céus proteção e discernimento para trilhar esta nova etapa na vivência das virtudes e na superação das dificuldades, envergando com dignidade as vestes talares da magistratura catarinense. Que Deus nos abençoe a todos. Muito obrigado!”

**DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR
LUIZ CÉZAR MEDEIROS, EM NOME DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, EM SAUDAÇÃO AO
DESEMBARGADOR EMPOSSADO CARLOS ADILSON SILVA**

“Senhoras e senhores, e, com uma referência muito especial, cumprimento os nossos colegas, Excelentíssimos Senhores Desembargadores Ernani Guetten de Almeida e Carlos Adilson Silva, ilustre colega ao qual presto homenagem em nome da Corte. Sempre tenho repetido que momentos como este têm um significado especial, de suma importância para o Poder Judiciário e para a sociedade catarinense, e, também, de modo especial, para o Magistrado que hoje alcança o degrau mais alto de sua carreira no Tribunal de Justiça catarinense. É o momento solene de renovação do sagrado juramento de bem cumprir a missão de Juiz de Direito, agora na titularidade de cargo no segundo grau de jurisdição, com fiel obediência às leis e à Constituição. Aparentemente nada muda; porém, intimamente, para todos nós que pertencemos ao Poder Judiciário, é um recomeço, agora sob novo prisma jurídico-institucional. É o momento de proceder-se a uma reflexão sobre o passado e projetar-se novas metas e ideais para o futuro. Agora Vossa Excelência, Desembargador Carlos Adilson, que teve acrescida a nobre e espinhosa função de julgar, inerente a todos os magistrados, passa a compor o Tribunal Pleno, órgão deliberativo e com substancial poder decisório na regência das ações institucionais do Poder Judiciário de nosso Estado. Vossa Excelência, em parceria com os órgãos diretivos da Corte estadual, passa a ser também gestor e corresponsável por todas as ações que direta ou indiretamente interferem na vida funcional e na carreira de nossos juizes, e principalmente as que têm ressonância na organização judiciária e no aprimoramento da prestação jurisdicional, sem dúvida nossa missão e ra-

zão de ser da instituição ‘Poder Judiciário’. Exatamente por isso é que um novo caminhar se descortina. É chegado o dia de comemorar a vitória, e não há como permanecermos alheios quando aqueles a quem devotamos amizade, admiração, respeito ou amor, na amplitude axiológica que a palavra exprime, sobem ao pódio. E, se acompanhamos mais de perto a trajetória desses triunfadores, a alegria, como já disse, transforma-se em verdadeira cumplicidade. Hoje é celebrada a vitória do dileto colega e amigo sobre todas as dificuldades que a busca pela concretização de um sonho, de um verdadeiro ideal, impõe. Desde a árdua batalha enfrentada por ocasião do concurso de ingresso na magistratura, durante o difícil período inicial de adaptação às novas e importantes funções judicantes, pelas constantes mudanças de cidades, até a satisfação em ver que, se a luta não terminou, pelo menos a experiência carregada nos longos anos de judicatura a tornou menos extenuante. O Desembargador Carlos Adilson Silva, natural de Campos Novos, ingressou na magistratura catarinense em 1989. Como Juiz Substituto, atuou na comarca de Mafra. Promovido ao cargo de Juiz de Direito em 1992, julgou também nas comarcas de São José do Cedro, São Lourenço do Oeste e Joinville. Na maior cidade do Estado, aliás, atuou por 16 anos, de 1993 até 2009, com registro de passagem pela 5ª Turma de Recursos daquela região. Em 2009, por merecimento, foi promovido ao cargo de Juiz de Direito de 2º grau no Tribunal de Justiça, onde passou a atuar desde então. Por onde Vossa Excelência passou, deixou sua marca, seus feitos. Por certo, cada uma dessas comunas tem nos registros de suas histórias a sua passagem. Em cada um desses locais ficaram amigos, lembranças, histórias, saudades. Fatos que hoje são por nós e certamente por Vossa Excelência relatados com a mesma naturalidade com que os juízes mais experientes nos contavam tempos atrás. Caro amigo Desembargador Carlos Adilson. Não obstante a minha ausência no dia da Sessão do Tribunal Pleno, que pela unanimidade de seus membros sufragou o nome de Vossa Excelência, acompanhei com orgulho o processo de votação e os eloquentes elogios

dos então futuros colegas de plenário, que enalteciam a sua postura ética e profissional, assim como a sua capacidade de trabalho. Foi realmente um sentimento de júbilo pelo reconhecimento das notórias qualidades do amigo, sentimento que, tenho a absoluta certeza, é compartilhado por todos aqueles que dentro e fora da magistratura o admiram. Tive a honra de tê-lo como colega na Terceira Câmara de Direito Público e pude testemunhar no dia a dia aquilo que é do conhecimento de todos: a sua operosidade, inteligência, dedicação e comprometimento integral com as causas da Justiça. Vossa Excelência é um magistrado de corpo e alma, um magistrado que tem a sensibilidade de buscar nas letras frias das leis a interpretação que melhor se ajusta aos princípios da justiça. Um magistrado que sabe que, no turbilhão de processos que nos são afetos, sempre existe aquele que reclama uma atenção especial, aquele que não significa simplesmente mais uma demanda igual a tantas outras, mas, sim, um pedido cuja análise pode representar o destino de uma pessoa angustiada. Feliz do Poder Judiciário que pode contar com um magistrado do quilate de Vossa Excelência. Por isso o regozijo da Corte; por isso a alegria de todos os seus colegas. No caminhar da vida temos subidas, descidas, pedras e espinhos. As qualidades positivas da pessoa e a perseverança com que ela se dedica aos seus ideais é que permitem a superação de todos os obstáculos e o alcance de uma conquista como esta experimentada por Vossa Excelência. Esta conquista, sem dúvida, tem também como participantes ativos pais, cônjuges, companheiros, filhos, enfim, todos os familiares e amigos que de uma forma ou de outra acompanharam a sua trajetória, renunciando prazeres e dividindo as aflições que naturalmente assolaram o seu espírito nas horas mais difíceis. A eles, dirijo as felicitações da Corte e o reconhecimento de que foram e continuarão sendo imprescindíveis ao sucesso de seu ente querido. Amigo Carlos Adilson: repito aqui o que certa vez disse em uma de nossas sessões – na vida de um magistrado, não obstante as ingratidões e os injustos assaques a nós dirigidos, não há lugar para o desalento, porque o verdadeiro juiz, o juiz por vocação, não

vive de ‘obrigados’ ou de reconhecimentos. Sua conquista pessoal reside no convencimento de que em cada despacho, em cada sentença, em cada voto contribuiu para a concretização da justiça. Digo isso porque este Tribunal e a sociedade catarinense têm a certeza de que Vossa Excelência, com a mesma tenacidade, garra e vontade de vencer demonstradas no árduo caminho que trilhou até esta marcante solenidade, continuará a desempenhar com galhardia as relevantíssimas atribuições de magistrado da Corte catarinense. Vossa Excelência, Desembargador Carlos Adilson, detém as mais altas qualificações, não só para fazer justiça no caso concreto, mas para ser um dos partícipes ativos na edificação de um Direito que corresponda às expectativas e necessidades sociais. Um Direito que, embora não seja sinônimo de justiça, venha a ser efetivamente o instrumento que a concretiza, que a realiza. Obrigado”.

DISCURSO DE POSSE DO DR. CARLOS ADILSON SILVA NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“De início, agradeço, emocionado e lisonjeado, as belas palavras pronunciadas pelo eminente Desembargador Luiz César Medeiros, as quais são fruto do seu coração generoso e da nossa amizade fraterna que vem de longa data; espero ser merecedor dos elogios que me foram dirigidos, os quais servem de estímulo para que possa continuar a exercer a nobre missão de julgar em segundo grau de jurisdição. Também quero registrar meus agradecimentos aos eminentes Desembargadores e Desembargadoras que, por votação unânime, me promoveram ao elevado cargo de Desembargador, em especial àqueles que fizeram uso da palavra durante a sessão do Tribunal Pleno, realizada no último dia 2 de abril, ao sufragar meu nome para ascender a esta Corte de Justiça. Todos nós, magistrados de carreira, esperamos ser alçados ao Tribunal de Justiça quando da aposentadoria voluntária ou compulsória de um membro da Corte, todavia, por desígnios divinos, passo a preencher a vaga deixada pelo Desembargador José Volpato de Souza, falecido prematuramente aos 64 anos de idade. Quis o Magistrado Supremo que eu viesse a ocupar a vaga de um grande amigo, meu parceiro das rodadas de dominó e meu companheiro do chimarrão durante as longas sessões do Grupo de Câmaras de Direito Público. O Desembargador Volpato, como era carinhosamente chamado, sempre recebia a todos, indistintamente, com um forte aperto de mão e caloroso abraço, estampando no rosto um belo sorriso que cativava e encantava as pessoas; era de uma simpatia inigualável. Magistrado honrado, ético, operoso, homem de simplicidade franciscana e de um grande coração, certamente um dos desembargadores mais humanos que esta Corte já teve. Julgava com muita serenidade e conhecimento jurídico, sempre buscando a Justiça nas suas decisões. Fo-

ram mais de 35 anos dedicados ao Poder Judiciário catarinense. Neste momento solene, lembro das sábias palavras de Galeno Lacerda ao inscrever que “não haverá consolo maior à alma de um juiz do que tanger o processo com inteligência e sabedoria, para, de suas mãos deslumbradas, ver florir a obra plástica e admirável da criação do justo, do humano, na vida.” Assumo esta cadeira, com subida honra e redobrada responsabilidade, pedindo ao espírito de luz do nosso estimado e saudoso Desembargador Volpato que ilumine nossas mentes e aqueça nossos corações, a fim de que possamos exercer a elevada missão de julgar nossos semelhantes com sabedoria e inteligência, sempre visando alcançar a tão aclamada Justiça. Não posso olvidar de agradecer aos Desembargadores Carlos Prudêncio, Joel Dias Figueira Júnior e Edson Ubaldo, da 1ª Câmara de Direito Civil; Eládio Torret Rocha, Victor Sebem Ferreira e Ronaldo Moritz Martins da Silva, da 4ª Câmara de Direito Civil; Pedro Manoel Abreu, Luiz César Medeiros e Cesar Abreu, da 3ª Câmara de Direito Público, órgãos fracionários desta Corte nos quais atuei como Juiz de Direito de Segundo Grau, pela calorosa recepção, lhanza no tratamento dispensado e ensinamentos hauridos durante as sessões de julgamento. Experiência adquirida que nos permite seguir julgando com a segurança necessária para o deslinde dos litígios submetidos a julgamento em grau de recurso, de modo a restabelecer a paz social violada pelo conflito de interesses. Agradeço, ainda, ao profícuo trabalhado realizado pela minha equipe de gabinete no transcurso dos cinco anos em que atuei como Juiz de Direito de Segundo Grau, atualmente capitaneada pela eficiente Zaira Feuser, secretária jurídica, e integrada pelos assessores Guilherme, João, Andréa e Sandra, e os estagiários Letícia, Julie e Everton. Graças à eficiência, dedicação e comprometimento de minha assessoria, conseguimos alcançar a destacada posição de alta produtividade registrada neste Tribunal de Justiça, conforme dados estatísticos divulgados quando da minha promoção. À minha operosa e dedicada equipe de gabinete deixo a seguinte mensagem: As grandes conquistas da vida não são fruto do traba-

lho de um dia. A vida se conquista dia a dia, com amor, coragem, determinação e perseverança. As vicissitudes devem servir de sustentáculo para que possamos ultrapassar os obstáculos encontrados ao trilharmos a estrada da vida. Portanto, não devemos esmorecer ante as dificuldades havidas, mas enfrentá-las e superá-las, seguindo firmes em direção à concretização dos nossos sonhos. A vitória é o resultado do trabalho realizado. Segundo o advogado, escritor e filósofo romano Sêneca, “não haverá vento favorável para quem não sabe aonde ir”. Assim, concluo, não podemos determinar a direção do vento, mas podemos determinar o nosso destino, definindo metas e atingindo nossos objetivos. Continuemos, destarte, firmes no propósito de entregar a prestação jurisdicional de forma célere e efetiva, lembrando sempre que não podemos e não devemos nos servir do cargo, mas servir ao próximo por meio dele! Ao Desembargador Ernani Guetten de Almeida, meu particular amigo, companheiro do futebol das terças-feiras, desejo pleno êxito nessa nova empreitada. Lembro aqui, por oportuno, a advertência feita pela Ministra Ellen Gracie, em entrevista à revista Veja, em 31-8-2001, que serve para todos nós, magistrados: “A primeira virtude de um juiz tem de ser a independência. E a independência não é coisa abstrata. É independência do poder econômico, do poder político, do poder da imprensa e da opinião pública. Independência dos próprios preconceitos”. Dileto Desembargador Ernani, Vossa Excelência passa a exercer uma das mais nobres missões atribuídas à pessoa humana na Terra, a excelsa missão de julgar nossos semelhantes, a ser exercida com denodo, probidade, devoção, nos limites da lei e da consciência. Nós temos a responsabilidade de decidir sobre os bens que nos são mais caros, como a vida, a liberdade e a propriedade. A independência, a imparcialidade e a neutralidade do magistrado são inerentes ao exercício da jurisdição, princípios que devem nortear nossa atuação na resolução dos litígios. Devo dizer, por pertinente, que o juiz contemporâneo não pode manter-se equidistante dos debates sociais, deve ser copartícipe do processo evolutivo das nações, da construção de uma

sociedade mais livre, solidária e fraterna, sem esquecer que o principal destinatário da prestação jurisdicional é o usuário do serviço forense. Recordo-me da lição de Sebastião Oscar Feltrin: “Do juiz se espera que ele não seja apenas um jurista, o que aliás, seria mais cômodo e prático. Mas, uma vez comprometido com o social e identificado com o seu ideal, tem o dever de colocar todo o seu talento e a sua inteligência a serviço da sociedade, da qual também faz parte, motivando-se e transformando-se com ela.” Portanto, desejo boa sorte ao novel magistrado Ernani e sucesso no exercício da atividade judicante nesta Corte estadual. Neste momento de expressiva relevância, relembro que minha trajetória profissional ocorreu integralmente no Poder Judiciário de Santa Catarina. Enquanto cursava a Faculdade de Direito na antiga Fepevi de Itajaí, hoje Univali, fiz estágio no Fórum da comarca de Piçarras. Posteriormente, aprovado em concurso público, passei a exercer as funções do cargo de Técnico Judiciário Auxiliar. Após colar grau em direito, obtive nova aprovação em concurso público, dessa feita para o cargo de Escrivão Judicial, também exercendo as funções na comarca de Piçarras. Aprovado em novo concurso público, ingressei na magistratura catarinense, como Juiz Substituto, em maio de 1989, e iniciei a judicatura na comarca de Mafra. Em razão das promoções havidas no curso da carreira, judiquei nas comarcas de São José do Cedro, São Lourenço do Oeste, São Miguel do Oeste e Joinville. Guardo boas lembranças dos tempos em que exerci a jurisdição em primeiro grau. Sempre desfrutei do respeito e admiração dos servidores, promotores de justiça e dos causídicos militantes em aludidas comarcas. É bom rememorar que o advogado é essencial à administração da Justiça. Ascendo a esta Corte com o sentimento do dever cumprido em primeiro grau de jurisdição. Campos Novos, minha terra natal, festeja minha promoção. Celeiro catarinense na produção agrícola, também é um celeiro na “produção” de desembargadores. São filhos da terra os Desembargadores Aluizio Blasi e Cid de Almeida Pedroso, e há também os que se criaram ou exerceram atividade profissional durante

vários anos em Campos Novos, quais sejam os Desembargadores Rogério Domingos Farias Lemos e Edson Nelson Ubaldo, verdadeiros cidadãos campo-novenses. Sou magistrado por vocação e minha missão segue agora em segundo grau de jurisdição. Fico imensamente feliz e honrado em pertencer a um dos tribunais mais respeitados e operosos deste País, conforme indicadores de produtividade apurados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Os indicadores, referentes ao ano de 2012, revelaram, para nossa grata satisfação, que o Poder Judiciário catarinense foi o 1º colocado entre os tribunais de médio porte e o 4º no âmbito da Justiça Estadual. Os altos índices de produtividade evidenciam a eficiência e o comprometimento de magistrados e servidores na prestação jurisdicional de forma célere e eficaz, e o compromisso com a efetividade, nos deixando orgulhosos pelos padrões de excelência alcançados. Agradeço ao bom Deus por permitir a presença dos meus amados pais neste momento tão especial e dignificante, porquanto estou atingindo o ápice da minha carreira na magistratura catarinense. Meus pais, Alcides e Eva, bancário e professora de profissão, não mediram esforços em proporcionar aos filhos, eu e meus irmãos Fernando e Ricardo, o estudo necessário à nossa formação. A educação, o amor e o carinho recebidos em nossa criação, as lições de vida, os ensinamentos transmitidos, o proceder honesto, a atuação ética, são valores que moldaram o nosso caráter. Ainda guardo na memória e no coração, as palavras do meu estimado pai, Alcides, sempre com o apoio de minha querida mãe, Eva, quando nos disse, com elevada sapiência, “meus filhos, não vou lhes deixar bens materiais, mas não medirei esforços para formá-los, a sua educação e instrução serão a nossa herança”. Muitíssimo obrigado, pai e mãe, pelo amor, carinho e afeto transmitidos em nossa criação. Sintam-se felizes e honrados por verem que a “herança” recebida por um de seus filhos transformou-se em uma profícua e vitoriosa carreira na magistratura estadual. Dedico a vocês esta vitória! Rogo ao Magistrado Supremo que lhes dê saúde e paz, a fim de que possam continuar a nos dar esse amor imensurável, as cos-

tumeiras orientações e os sábios conselhos, por muitos e muitos anos. Se pudesse fazê-los eternos, eternos os faria! A magistratura é um verdadeiro sacerdócio, julgar nossos semelhantes é uma tarefa árdua, que exige dedicação diuturna, com enorme sacrifício do convívio familiar e limitações à vida pessoal. Aos meus filhos Raphael, Leonardo e Camila, meu eterno agradecimento pela compreensão da minha ausência, em diversas ocasiões, por força do trabalho. Tenho certeza de que foi preenchida pelo imenso amor que nutro por vocês, sempre regado a muitas doses de afeto e de carinho. Meus filhos, vocês são a razão da minha existência, contem com o pai por toda a vida! E por falar em amor, escrito em prosa e verso, tema de muitas canções, por muitos desejado, por outros vivenciado, por alguns desacreditado, quero agradecer a minha amada Gláucia Mattos Malagoli, pois com você derradeiramente encontrei, na estrada da vida, o amor real, verdadeiro, puro na essência. Te amo minha morena linda! Ao fim e ao cabo, peço a Deus, o Senhor do Universo, que nos abençoe e ilumine para continuar a exercer, nesta Corte estadual, a excelente missão de distribuir Justiça! Muito obrigado!”

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR CID JOSÉ GOULART JÚNIOR, EM NOME DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, EM SAUDAÇÃO AO DESEMBARGADOR EMPOSSADO ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA

“No dia 13 do mês de dezembro do ano de 2005 – há quase uma década –, era eu quem, por haver integrado as listas sêxtupla do egrégio Conselho Superior do Ministério e tríplice desta Casa de Justiça, e após a nomeação pelo então Governador do Estado e agora Senador da República, o Excelentíssimo Senhor Luiz Henrique da Silveira, vinha a ser empossado no honroso cargo de Desembargador. A saudação, em nome desta egrégia Corte, me foi feita pelo Desembargador Nelson Juliano Schaefer Martins, atual e ilustre Presidente, com quem o compadrio marca a relação de amizade que nos une. E, por certo, essa boa relação, aliada ao fator circunstancial do novel Desembargador também ser egresso dos preciosos quadros do Ministério Público, fez com que Sua Excelência – o eminente Presidente – me convidasse para, em nome deste Tribunal, saudar o Excelentíssimo Senhor Desembargador Ernani Guetten de Almeida. Um pormenor a ser lembrado: Sua Excelência, o ilustre Presidente, antes de ingressar nos quadros da Magistratura, também esteve alinhado no *Parquet*. Convite feito, convite aceito. O eminente colega – Desembargador Ernani Guetten de Almeida percorreu, assim como eu, o mesmo itinerário, chegando aqui e agora pelas mãos do Excelentíssimo Senhor João Raimundo Colombo, digníssimo Governador do Estado. O Excelentíssimo Desembargador Ernani Guetten de Almeida, que agora se alinha conosco na jornada deste Sodalício, nasceu no progressista município de Curitibanos, situado na parte central da terra catarinense. Pertence ao tradicional clã Almeida, sendo filho de Ivan Chagas de Almeida

e Noely Guetten de Almeida, e é casado com Kátia Regina Reiter. Obteve o grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, no mês de dezembro do ano de 1987 e, enquanto estudava, estagiou, como voluntário, nos gabinetes do Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça – Doutor Paulo Antônio Günther – e do saudoso Desembargador Wilson Eder Graf, quando este presidia a 2ª Vara Criminal da Capital e aquele oficiava perante esse juízo. Recém-concluída a Faculdade de Direito, logo ingressou na carreira do Ministério Público de Santa Catarina. Após a aprovação no concurso público, assumiu, no mês de agosto do ano de 1988, o cargo de Promotor de Justiça Substituto, e respondeu, nessa condição, pelas comarcas de Curitiba e Santa Cecília. A seguir, foi promovido a Promotor de Justiça de 1ª Entrância, lotado na comarca de Anita Garibaldi, e, depois, removido para a comarca de São João Batista. Na promoção para a 2ª Entrância, ficou lotado na comarca de Gaspar. Na promoção para a 3ª Entrância, assumiu lotação na comarca de Balneário Camboriú (Vara Criminal). E, antes de ser removido para a comarca da Capital, permaneceu, como Promotor de Justiça de 4ª Entrância, na comarca de Blumenau. Na condição de Promotor de Justiça, prestou serviços à Administração Superior do Ministério Público, quando foi Coordenador do Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária do Ministério Público, durante os períodos de junho de 2003 até junho de 2005 e setembro de 2007 até maio de 2008. Quando o ilustre Procurador de Justiça – Doutor Sandro José Neis – fez parte do egrégio Conselho Nacional do Ministério Público, no qual exerceu o cargo de Corregedor Nacional, o eminente Desembargador Ernani Guetten de Almeida atuou como Corregedor Auxiliar, durante o período de agosto de 2009 a agosto de 2011. Ainda na condição de Promotor de Justiça, integrou, no período de abril a novembro de 2012, a Comissão de Concurso de Ingresso na carreira do Ministério Público de Santa Catarina. Em abril de 2013, ascendeu a Procurador de Justiça, para exercer as atividades inerentes ao cargo na 20ª Procuradoria de Justiça

Criminal, e, durante o período de abril de 2013 a abril de 2014, também exerceu as funções de Subcorregedor-Geral do Ministério Público. Sempre interessado no aprimoramento jurídico, no ano 1996, veio a lograr aprovação no Curso de Pós-Graduação, na especialização em Direito Penal e Processual Penal, da então Furb, atual Universidade de Blumenau. E, de janeiro de 1999 até dezembro de 2005, lecionou a disciplina de Direito Processual Penal na aludida instituição de ensino. O eminente Desembargador Ernani Guetten de Almeida, nas comarcas que percorreu, granjeou o respeito dos jurisdicionados, não só pela operosidade e senso de justiça nos seus afazeres, mas principalmente pela urbanidade no trato com as partes e operadores do direito. Tais atributos, a par de sua formação acadêmica, ensejaram, por sinal, a expressiva votação que o levou a conquistar a primazia na lista tríplice desta egrégia Casa de Justiça. Não posso nem quero deixar de registrar o testemunho pessoal, haurido há mais de vinte anos e, em especial, durante a época em que ambos militamos na comarca de Blumenau, de que vislumbro no Desembargador Ernani Guetten de Almeida um profissional credenciado a engrandecer o prestígio do Poder Judiciário catarinense. A retidão do seu caráter, o já apregoado saber jurídico de que é dotado, a cordialidade do seu temperamento, adicionados à longa e profícua experiência nas atividades do Ministério Público, endossam, com certeza, em preto, o depoimento pessoal ora prestado. Recordando meu discurso de posse nesta egrégia Casa, que reputo válido e útil no presente momento, disse então: Não vim pelo caminho natural trilhado pela grande maioria dos ilustrados membros desta Casa. Diferentemente, tomo assento na judicatura de segundo grau pela via do quinto constitucional, a exemplo de ilustres Desembargadores que integram este Plenário. Ainda que aqui e ali, esporadicamente, essa alternativa de acesso tenha merecido censuras, continuo a acreditar que representa valioso instrumento de oxigenação da Justiça e, sobretudo, de fortalecimento dos princípios e valores democráticos que regem a República brasileira. Por meio dele, garantido o padrão de

regularidade pela maioria absoluta dos que ascendem dos quadros formais da Magistratura, os Tribunais se deixam mesclar com representantes das chamadas ‘instituições essenciais à Justiça’, quais sejam, a Advocacia Pública ou Privada e o Ministério Público. Muito embora possam não trazer a técnica e o esmero da judicatura, tendem a comparecer portando as inquietudes e ideais de suas instituições, nutridos no contato e no agenciamento cotidiano dos interesses individuais e sociais que representam. De certa forma, trazem para o convívio dos Tribunais, em vívidos e diferenciados matizes, o sentimento e a voz da sociedade, fundindo-os no cadinho democrático das decisões colegiadas. Por isso, honestamente, não vejo razão para ressalvas ao quinto constitucional. Menos ainda para desqualificar a contribuição daqueles que, por intermédio dele, se agregam aos quadros do Judiciário. Afinal, a origem do julgador jamais se traduziu em garantia absoluta do acerto e da qualidade da prestação jurisdicional – porque esses atributos da jurisdição decorrem das qualidades intrínsecas que marcam o caráter e a qualificação técnica do juiz, e não dos fatores externos e formais de sua investidura. O atual momento histórico exige, a propósito, que se aprofunde a reflexão acerca do tipo de justiça que nós – Judiciário, Ministério Público, Advocacia – devemos à Nação: se ainda nos é permitido espairecer diante dos mapas de produção judiciária, que muitas vezes ostentam cifras agigantadas mas absolutamente inócuas como instrumento de efetiva realização da justiça, ou se devemos perquirir e buscar a racionalização e o resultado eficaz de nossos procedimentos e ações. É um problema mais amplo e complexo do que, à primeira vista, pode parecer. No tocante a posição do Judiciário na estrutura do Estado Brasileiro, asseverava eu à época, valendo-me da sempre atual lição de Dalmo de Abreu Dallari, inserida em estudo sobre ‘O Poder dos Juízes’, quando disse: “O Poder Judiciário tem situação peculiar, pois, ou por temor reverencial ou por falta de reconhecimento de sua importância social e política, o Legislativo e o Executivo nunca deram a devida atenção aos problemas relacionados com a organização

judiciária e o acesso do povo aos juízes. Poucos percebem que isso tem muita importância num sistema político que pretende ser democrático. Enquanto Legislativo e Executivo dialogam permanentemente, muitas vezes exigindo a satisfação de seus respectivos interesses como condição para apoiar ou realizar um objetivo de interesse público, o Judiciário tem sido mantido à margem, num honroso isolamento”. Passados os anos, meu caro Desembargador Ernani, persisto no entendimento de que, para responder aos ventos da modernidade, a Justiça brasileira e, particularmente, o Judiciário, precisa resistir determinadamente à tendência histórica de ser levado a reboque dos demais Poderes e buscar ele próprio, nas suas entranhas, a essência de sua grandeza ética e política. Por fim, cabe-me agora, tão somente, aproveitar a oportunidade para congratular-me, em nome próprio e de nossos pares, com o eminente Desembargador Ernani Guetten de Almeida, e com todos quantos se alegram pela concretização de sua aspiração a pertencer ao Poder Judiciário Catarinense, notadamente os seus pais, a sua esposa, seus familiares e amigos. Cumpre, também, parabenizar o eminente Desembargador Carlos Adilson Silva, hoje igualmente empossado neste honroso cargo, e lembrar, a todos que me ouvem, que Sua Excelência igualmente detém todos os predicados para o exercício da magistratura em sua plenitude, atestados por todos que o conhecem e pela magnífica carreira até aqui trilhada. O Desembargador Carlos Adilson inquestionavelmente trará mais brilho a esta Casa de Justiça. Sejam felizes, caros amigos Ernani e Carlos Adilson. Obrigado!”

DISCURSO DE POSSE DO DR. ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Diz o senso comum que um discurso deve ser curto o bastante para que nele se preste atenção, sem fugir da simplicidade e objetividade. Assim tentarei fazer. Início dizendo que tudo na vida tem sua ocasião própria e que há tempo certo para todo o propósito debaixo dos céus, conforme nos ensina Eclesiastes, que tenho como o mais poético dos livros bíblicos: ‘Para tudo há um tempo, para cada coisa há um momento debaixo dos céus: tempo para nascer e tempo para morrer; tempo para plantar e tempo para colher o que foi plantado; tempo para calar e tempo para falar’. Nessa ótica, tenho que aqui estou porque este foi o momento determinado. Como é o tempo certo, não tenho como não falar, ainda que brevemente, dos passos que me fizeram chegar até aqui. Hoje é um dia de grande celebração na minha vida pessoal e profissional. Não poderia ser diferente para um então jovem acadêmico do curso de direito que há 28 anos por vezes digitava, ou melhor, na época, datilografava audiências quando o fórum da Capital funcionava nos primeiros andares do Tribunal de Justiça, aqui ao lado. Naquele tempo, promotores de justiça e juízes de direito eram profissionais que jamais um mero estudante ambicionava ser, pois sempre estavam em um plano mais elevado e a léguas de distância do meu universo estudantil. Desembargadores, até então só os conhecia como professores, como foram Francisco May Filho, Norberto Ungaretti, Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho e Ivo Sell. Mas, como estou falando de tempo certo, quis a Providência Divina que o meu chegasse, após percorrido um longo caminho. Tenho que iniciar lembrando minhas origens profissionais no Ministério Público. Minha história na Instituição vem desde o ano de 1986, quando, ainda

acadêmico da Universidade Federal de Santa Catarina, comecei a estagiar voluntariamente na promotoria de justiça da 2ª Vara Criminal da comarca da Capital. Depois, aprovado no único concurso que prestei, segui de Promotor de Justiça Substituto até o cargo de Procurador de Justiça, no último grau da carreira. Portanto, em 28 anos, percorri vários caminhos dentro da Instituição, desde estagiário, Promotor de Justiça Substituto, Promotor de Justiça, Coordenador de Centro de Apoio Operacional, Procurador de Justiça e Subcorregedor-Geral do Ministério Público, além das atividades na Corregedoria Nacional do Ministério Público, em Brasília. Seguindo, chego a esta casa através da estreita via do chamado ‘quinto constitucional’, o que me deixa ligado, de forma indelével, posto que toda a minha vida profissional foi construída dentro do Ministério Público. A ele seguramente muito devo, e, ainda, jamais poderei esquecer que doravante ocuparei nesta Corte, de maneira temporária, uma vaga destinada à Instituição. Chego agora ao Poder Judiciário, que enfrenta uma tarefa hercúlea, recebendo milhares de processos, que diariamente se iniciam nas comarcas ou diretamente neste Tribunal. O Poder Judiciário de Santa Catarina, a exemplo dos demais Estados da Federação, enfrenta o chamado ‘excesso de judicialização’. Em uma das vertentes desse fenômeno, inevitável a constatação que, ao longo das últimas décadas, a sociedade perdeu a capacidade de autocomposição extrajudicial dos litígios. O egoísmo, a ambição e a falta de compreensão impedem que o justo seja reconhecido diretamente pelas partes. Quaisquer fatos e muitas vezes, miúdos conflitos de interesses aportam aos milhares através de petições no Poder Judiciário. Por outro lado, a gama quase infinita de recursos disponíveis fazem com que muitos processos se eternizem, por mais que já haja decisão judicial, em primeira e segunda instâncias. Bons tempos em que o Inspetor de Quarteirão, figura por demais respeitada e prevista a partir do Código de Processo Criminal de 1832, resolvia as questões cotidianas, acalmava os exaltados e fazia os chamados “termos de bem viver”, sempre apaziguando os contendores. Mas isso hoje é ape-

nas história, pois a mudança foi radical e irreversível. Vivemos novos e tristes tempos, neste particular. Atualmente, não há pudor em demandar, por mais temerária que seja a lide. O que antes era tratado como debate, hoje é verdadeiro embate. Inevitável o reconhecimento de que vivemos um excesso de litigância, com a predisposição à beligerância levando à judicialização das relações sociais. E o impacto em nossa realidade é evidente. Em recente artigo publicado o Desembargador Xavier de Aquino, do Tribunal de Justiça de São Paulo, alerta para a chamada Síndrome do Pensamento Acelerado, que atinge Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça, Juízes de Direito e Desembargadores, além dos demais profissionais do direito que têm demanda processual diária a vencer. Segundo ele, tais profissionais sofrem com ameaças externas, mas sustenta que o inimigo maior é mesmo o que vem de dentro, decorrente da significativa perda da qualidade de vida pela sobrecarga do trabalho intelectual exercido. A Síndrome do Pensamento Acelerado leva a fadiga, ansiedade, sofrimento por antecipação, transtorno do sono e outros males decorrentes das batalhas para vencer o volume de serviço que todos os dias aporta no gabinete de cada um de nós. Todos conhecemos bem estas manifestações nocivas e temos a exata percepção do que é trabalhar com significativa demanda processual a vencer, com as partes e interesses dos mais diversos, legítimos ou não, aguardando o impulso no seu feito. Em geral, a sociedade desconhece ou mesmo compreende as reais condições a que estamos submetidos. Questiona ainda o citado magistrado, diante deste contexto, como teremos uma sociedade justa e fraterna se somos injustos exatamente com aqueles que se encarregam de fazer justiça? O Ministro Gilmar Mendes, do STF, em entrevista concedida para a Agência Estado, alerta: ‘em 2008, a Justiça recebeu 70 milhões de processos e que os números preliminares de 2009 indicam a existência de 80 milhões de processos. Um em cada três cidadãos brasileiros tem uma demanda na Justiça, um por família tem e isso é muito’, avaliou. Hoje é sabido que a cifra ultrapassou a casa dos 100 milhões de feitos em tramitação. A par do

excesso de demandas, motivados por inúmeras razões de fácil enumeração, necessário também consignar que vivemos em um País democrático, em que, por princípio constitucional, se permite a judicialização de qualquer questão, por mais corriqueira que seja, levando o Judiciário a ter que decidir desde meras questões administrativas até omissões no cumprimento de obrigações de outro Poder do Estado. Apesar disso, nos chega a recente notícia de que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina - dentre os tribunais estaduais de médio porte - é o que possui os magistrados com maior produtividade do Brasil. O Índice de Produtividade de Magistrado, aferido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, apontou que desembargadores e juízes catarinenses prolataram cada um, em média, 1.823 decisões ao longo do ano - mais de sete sentenças por dia útil de trabalho. Por tudo isso, rendo homenagens ao muito que já foi e que está sendo feito, por magistrados dinâmicos, corajosos e corretos, sempre cômicos de suas obrigações constitucionais. Minha missão, portanto, é de humildemente agregar esforços para continuar honrando os compromissos assumidos pelo Poder Judiciário perante a sociedade catarinense, que, apesar das adversidades, é destaque nacional. Encerro hoje uma fase na minha vida profissional, mas do Ministério Público levarei os ideais e princípios que sempre nortearam a Instituição. Quanto à nova fase que agora inicio, me apresento com redobrada vontade e determinação. Embora sabedor das imensas dificuldades que me aguardam, certo que não medirei esforços para bem contribuir com um Tribunal referência em todos os aspectos, como o de Santa Catarina. Na minha condição de empossado, imensurável a alegria do momento, mas não é possível chegar até aqui sozinho e, por maiores que sejam os sentimentos de vitória, não podem inibir os sentimentos de gratidão. Como é cediço, a gratidão é o primeiro dever de um homem. Aliás, já foi dito que a gratidão nada mais é que a verdadeira memória do coração. Nesse aspecto, meu primeiro agradecimento é dirigido a meu pai Ivan e minha mãe Noely, e reitero meu profundo agradecimento pela vida e criação que me proporciona-

ram, pelo amor e carinho que incondicionalmente recebi em qualquer circunstância, e, principalmente, pelos sempre presentes ensinamentos e exemplos de honestidade, caráter e integridade, que foram um norte na minha existência. Jamais chegaria até aqui sem o sacrifício pessoal de ambos e sei que este sacrifício não foi pouco. Agradeço à minha amada esposa Kátia, sábia conselheira e amiga, companheira de jornada, que sempre soube compreender as dificuldades de tudo que me proponho a fazer, bem como as naturais dificuldades que virão. Minha irmã Vera Lúcia, sempre presente, obrigado pelo indispensável apoio e carinho, desde os tempos de criança. Ao eminente orador Desembargador Cid Goulart, agradeço pela generosidade de suas palavras, que emanaram, tenho certeza, mais da amizade, da bondade e do seu coração, do que do meu próprio merecimento. Quis o destino, Desembargador Cid, que fôssemos colegas de Ministério Público, colegas de comarca, na nossa saudosa Blumenau, e, agora, colegas na magistratura. Passei por um rigoroso processo para chegar até este momento e não poderia deixar de agradecer aos Membros do Conselho Superior do Ministério Público, que me permitiram ser um dos indicados pela Instituição na composição da lista sêxtupla, em igualdade de votos com os demais candidatos, todos igualmente merecedores e capacitados para o exercício do cargo em disputa. A seguir, fui honrado com a confiança deste Tribunal de Justiça, que, me fazendo o mais votado na lista tríplice, permitiu que aguardasse a serena decisão do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, que de plano fez a nomeação, nos exatos termos da manifestação de vontade desta Corte. Aos membros deste nobre e destacado Colegiado, que me reconheceu capacitado para dele fazer parte, e ao Senhor Governador do Estado, meu muitíssimo obrigado, reiterando que não medirei esforços para justificar a confiança depositada, em prol do bem comum. Ocuparei o cargo que foi antes dignificado pelo nobre Desembargador Sérgio Paladino, aqui presente, com quem me comprometo a buscar honrar seus anos de esforço e brilhantismo neste Tribunal. Ao meu colega Desem-

bargador Carlos Adilson, com quem divido esta solenidade de posse, meus votos de êxito, na sua já exitosa carreira. Tenho que agradecer a vários amigos que me acompanharam em todo o processo, que muito fizeram e torceram por mim e sem os quais, por certo, eu não chegaria até aqui. Gostaria de declinar o nome de cada um dos amigos que hoje nos prestigiam com suas valiosas presenças, o que, entretanto, não é possível dado à exiguidade do tempo e ao risco de a memória me tornar um ingrato, mas agradeço a todos pela honra de suas presenças, sem as quais esta solenidade não seria a mesma em emoção e representatividade. Por fim, agradeço a Deus por me permitir viver este momento e peço que me conceda a dádiva de ser um julgador operoso e justo”.

**SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 290, de Santa Catarina

Relator: Ministro Dias Toffoli

Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina

Procurador: Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina

Interessada: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISO II DO ART. 27 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. LEI ESTADUAL Nº 1.117/90. VINCULAÇÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES ESTADUAIS A PISO SALARIAL NÃO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO PROFISSIONAL. VÍCIO DE INICIATIVA. ARTIGO 37, XIII, CF/88. AUTONOMIA DOS ESTADOS. LIMINAR DEFERIDA. PROCEDÊNCIA.

1. Inequívoco o vício de iniciativa da Lei estadual nº 1.117, de 30 de março de 1990, na medida em que estabelece normas para aplicação do salário mínimo profissional aos servidores estaduais. Incidência da regra de iniciativa legislativa exclusiva do chefe do Poder Executivo para dispor sobre remuneração dos cargos e funções do serviço público, em razão da cláusula de reserva prevista no art. 61, § 1º, inciso II, alínea a, da Carta Magna.

2. Enquanto a Lei Maior, no inciso XIII do art. 37, veda a vinculação de “quaisquer espécies remuneratórias para efeitos de remuneração de pessoal do serviço público”, a Constituição estadual, diversamente, assegura aos servidores públicos estaduais ocupantes de cargos ou empregos de nível médio e superior “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho (...) não inferior ao salário mínimo profissional estabelecido em lei”, o que resulta em vinculação dos vencimentos de determinadas categorias de servidores públicos às variações do piso salarial profissional, importando em sistemática de aumento automático daqueles vencimentos, sem interferência do chefe do Poder Executivo do Estado, ferindo-se, ainda, o próprio princí-

pio federativo e a autonomia dos estados para fixar os vencimentos de seus servidores (arts. 2º e 25 da Constituição Federal).

3. A jurisprudência da Corte é pacífica no que tange ao não cabimento de qualquer espécie de vinculação da remuneração de servidores públicos, repelindo, assim, a vinculação da remuneração de servidores do estado a fatores alheios à sua vontade e ao seu controle; seja às variações de índices de correção editados pela União; seja aos pisos salariais profissionais. Precedentes.

4. Ação direta de inconstitucionalidade 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 Joaquim Barbosa, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em julgar procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “assegurada aos servidores ocupantes de cargos ou empregos de nível médio e superior remuneração não inferior ao salário mínimo profissional estabelecido em lei”, contida no inciso II do art. 27 da Constituição do Estado de Santa Catarina, bem como da íntegra da Lei estadual nº 1.117/90.

Brasília, 19 de fevereiro de 2014.

Ministro Dias Toffoli, Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, ajuizada pelo Governador do Estado de Santa Catarina, em 29 de maio de 1990, tendo por objeto o art. 27, inciso II, da Constituição Estadual, e o art. 1º, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da Lei estadual nº 1.117, de 30 de março

de 1990, os quais asseguram aos servidores públicos estaduais ocupantes de cargos ou empregos de nível médio e superior remuneração não inferior ao salário mínimo profissional estabelecido em lei.

Eis o teor dos dispositivos impugnados:

Constituição do Estado de Santa Catarina:

Art. 27 – São direitos dos servidores públicos sujeitos ao regime jurídico único, além de outros estabelecidos em lei:

(...)

II – piso de vencimento proporcional à extensão e à complexidade do trabalho, assegurado aos servidores ocupantes de cargos ou empregos de nível médio e superior remuneração não inferior aos salário-mínimo profissional estabelecido em lei.

Lei nº 1.117, de 30 de março de 1990:

Art. 1º - Aos servidores públicos estaduais de níveis médio e superior lotados na Administração Direta, Indireta, Autárquica e Fundações instituídas pelo Estado, fica assegurada a percepção de remuneração não inferior ao salário-mínimo profissional definido em lei.

§ 1º. Quando o nível de vencimento inicial de cada categoria profissional aludida no *caput* deste artigo não alcançar o valor do salário-mínimo profissional, ao mesmo será acrescido um valor de adicional de Salário-Mínimo Profissional. Para os demais níveis de vencimento de cada categoria profissional serão mantidas as diferenças desde que não excedam o teto fixado em lei.

§ 2º. Quando, em decorrência da aplicação da política salarial em vigor para os Serviços Públicos Estaduais, a condição contida no § 1º deste artigo não for satisfeita, o valor do adicional Salário-Mínimo Profissional será atualizado.

§ 3º. Aplica-se o contido neste artigo aos proventos e pensões dos inativos e pensionistas.

§ 4º O valor do adicional Salário-mínimo Profissional será considerado parte integrante da remuneração do servidor, para todos os efeitos legais.

Em síntese, sustenta o autor que os dispositivos impugnados afrontariam os arts. 2º; 37, XIII; 61, § 1º, II, a; 25, *caput* e § 1º, todos da Constituição Federal.

Aduz que as normas questionadas versam sobre matéria – vencimentos de servidores públicos – que somente poderia ser regulada por lei de iniciativa do chefe do Poder Executivo do Estado, consoante determina o art. 61, § 1º, II, a, da Carta Federal – norma de repetição obrigatória pelos estados –, sendo, portanto, formalmente inconstitucionais.

Aponta, ademais, para o desrespeito ao art. 37, XIII, da Constituição Republicana, uma vez que os dispositivos impugnados teriam vinculado de forma permanente

os vencimentos de determinadas categorias de servidores públicos a variações do salário mínimo profissional, inaugurando-se assim uma sistemática que importa em automaticidade dos aumentos, sem qualquer ingerência para tanto, do Chefe do Executivo (fl. 10).

Acrescenta, ainda, que essa vinculação “desafia o próprio princípio federativo e autonomia constitucional assegurada aos Estados-membros para fixar o vencimento de seus servidores” (fl. 11), pois “sendo dos Estados a competência para fixar os vencimentos de seus servidores, (...) inadmissível é a hipótese de índices, atos, procedimentos ou leis de proveniência Federal dispor sobre matéria desta índole” (fl. 12).

Requisitadas informações (fl. 35), a Assembleia Legislativa do Estado defendeu a constitucionalidade das normas impugnadas e a possibilidade de a Constituição estadual dispor sobre direito que julga fundamental e que não esteja claramente identificado na Constituição Federal (fls. 38/42).

Em petição protocolizada em 3/9/91, o Governador do Estado de

Santa Catarina pleiteou a concessão de medida liminar, a fim de suspender a eficácia dos dispositivos legais atacados (fls. 46/52).

Em sessão plenária de 17 de outubro de 1991, a Corte, por unanimidade, *deferiu a medida cautelar*, para suspender a eficácia, no inciso II do art. 27 da Constituição do Estado de Santa Catarina, da expressão “assegurada aos servidores ocupantes de cargos ou empregos de nível médio e superior remuneração não inferior ao salário mínimo profissional estabelecido em lei” e também do art. 1º e seus parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º da Lei Estadual nº 1.117/90, restando a ementa assim redigida:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (ART. 27, II) E LEI ESTADUAL N. 1117/90. SERVIDOR PÚBLICO. CARGOS OU EMPREGOS DE NÍVEL MÉDIO E SUPERIOR. PISO SALARIAL. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO PROFISSIONAL. EXTENSÃO DO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE. PODER DE INICIATIVA. MEDIDA CAUTELAR SUPERVENIENTEMENTE REQUERIDA. DEFERIMENTO.

A impugnação, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, da concessão de vantagens ou benefícios funcionais onerosos a servidores públicos estaduais, outorgada diretamente pela Constituição local, reveste-se de plausibilidade jurídica, na medida em que instaura, nesta Corte, a discussão em torno da extensão do poder constituinte decorrente inicial, outorgado aos Estados-membros. O conteúdo da norma constitucional estadual, ao assegurar aos servidores públicos um limite mínimo de remuneração, além de estabelecer a vinculação dos vencimentos a índices ou valores fixados em nível federal, parece cercar a atuação discricionária dos órgãos ativamente legitimados para a instauração, na esfera de sua respectiva competência, do correspondente processo legislativo (Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 3/4/92).

Em seguida, o Governador do Estado informou (fls. 76/77) que, em cumprimento à decisão liminar, “foi determinada a imediata suspen-

são dos pagamentos que com base no art. 27, II, final da Constituição do Estado e, no art. 1º, §§ 1º, 2º, 3º e 4º da lei 1.117/90, estavam ocorrendo” (fl. 77).

O Advogado-Geral da União, atuando na defesa da norma impugnada (fls. 80/88), manifestou-se no sentido da prevalência da autonomia estadual “em temas que se ajustem aos ditames dos arts. 25 da CF e 11 do respectivo ADCT” (fl. 87).

Por seu turno, opinou o Procurador-Geral da República (fls. 90/97) pela procedência do pedido, nos exatos termos do entendimento manifesto quando do julgamento da medida cautelar.

Questionada sobre a vigência das normas impugnadas, a Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina informou que não houve revogação formal dos dispositivos (fl. 106).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

A presente ação merece ser julgada procedente, na linha do que firmado por esta Corte por ocasião do deferimento da medida cautelar, em sessão de 17/10/91, conforme o acórdão de fls. 61/74, da lavra do eminente Ministro Celso de Mello, então Relator da ação.

Exsurge inequívoco o *vício de iniciativa da Lei estadual nº 1.117, de 30 de março de 1990*, na medida em que o processo legislativo foi deflagrado pela Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, e não pelo Governador do Estado.

Como visto, a Lei nº 1.117/90, em seu art. 1º, *caput* e parágrafos, estabelece normas para a aplicação do salário mínimo profissional aos servidores estaduais, incidindo, portanto, sobre matéria de iniciativa le-

gislativa exclusiva do chefe do Poder Executivo, ao qual incumbe dispor sobre a remuneração dos cargos e funções do serviço público, em razão da cláusula de reserva prevista no art. 61, § 1º, inciso II, alínea a, da Carta Magna.

No julgamento da medida cautelar, o Tribunal entendeu igualmente presente ofensa formal ao art. 27, II, da Constituição do Estado de Santa Catarina. O Ministro Celso de Mello, em seu voto, assentou que,

não obstante esse caráter institucionalizador, subordina-se o poder constituinte local à estrita observância dos princípios consagrados na Carta da República. Da necessidade de definir limites do poder de auto-organização dos Estados-membros emerge, assim, a plausibilidade jurídica da pretensão ora deduzida pelo Governador de Santa Catarina, no que pertine ao disposto no art. 27, II, da Constituição do Estado.

De fato, a jurisprudência da Corte estava firme no sentido de que as constituições estaduais, inclusive em suas versões originais, não podiam dispor sobre matéria reservada à iniciativa do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, da CF/88), uma vez que não estaria garantida, no processo legislativo, a participação desse Poder, incidindo aquelas constituições que assim o fizessem em inconstitucionalidade formal (cf. ADI nº 270/MG, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 30/4/04; ADI nº 1.695/PR, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 28/5/04; ADI nº 1.353, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 16/5/03; ADI nº 250/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 15/8/02; ADI nº 102/RO, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 8/8/02; ADI nº 843/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 13/9/02; ADI nº 483, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 29/6/01).

Contudo, esse entendimento vem sendo temperado pela Corte, que vem *distinguindo as disposições originárias daquelas decorrentes de emendas constitucionais*, de forma que as regras de iniciativa reservada

previstas na Carta da República não seriam aplicáveis ao poder constituinte decorrente inicial, não incidindo, portanto, sobre as normas originárias das cartas estaduais, como se atesta na ementa da ADI nº 2.581/SP:

(...) INICIATIVA. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. INSUBSISTÊNCIA.

A regra do Diploma Maior quanto à iniciativa do chefe do Poder Executivo para projeto a respeito de certas matérias não suplanta o tratamento destas últimas pela vez primeira na Carta do próprio Estado (...) (ADI nº 2.581/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, DJ de 15/8/08).

Por essas razões, reconheço a *inconstitucionalidade* formal da Lei estadual nº 1.117/90, por violação do art. 61, § 1º, inciso II, alínea a, da Lei Maior. Afasto, contudo, o alegado vício formal quanto ao art. 27, II, da Constituição do Estado de Santa Catarina, por se tratar de redação originária da Carta estadual, a qual não se submete às regras de iniciativa legislativa privativa do chefe do Poder Executivo.

Todavia, independentemente da não verificação de vício formal no art. 27, II, da Constituição estadual, *subsistem as razões de ofensa material à Constituição Federal apontadas quando da análise da medida cautelar*.

Note-se que, enquanto a Lei Maior, no inciso XIII do art. 37, veda a vinculação de “quaisquer espécies remuneratórias para efeitos de remuneração de pessoal do serviço público”, a Constituição estadual, diversamente, assegura aos servidores públicos estaduais ocupantes de cargos ou empregos de nível médio e superior “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho (...) não inferior ao salário

mínimo profissional estabelecido em lei”, o que resulta em vinculação dos vencimentos de determinadas categorias de servidores públicos às variações do piso salarial profissional, importando em sistemática de aumento automático daqueles vencimentos, sem interferência do chefe do Poder Executivo do Estado, ferindo ainda o próprio princípio federativo e a autonomia dos estados para fixar os vencimentos de seus servidores (arts. 2º e 25 da Constituição Federal).

Conforme salientado pelo eminente Ministro Celso de Mello, por ocasião do deferimento da medida cautelar:

Não parece haver dúvida de que essa vinculação instaura um mecanismo de reajuste automático dos vencimentos dos servidores públicos do Estado, a partir da variação do salário mínimo profissional, que só pode ser promovida em nível federal, inclusive quando motivada – consoante assinala AMAURI MASCARO NASCIMENTO (‘op. loc. cit’) – por decisões normativas da justiça do trabalho ou por negociações coletivas diretas.

O conteúdo da norma constitucional estadual, ao assegurar aos servidores públicos um limite mínimo de remuneração, parece cercear a atuação discricionária dos órgãos ativamente legitimados para a instauração, na esfera de sua respectiva competência, do correspondente processo legislativo (fl. 69).

Com efeito, revelam-se materialmente inconstitucionais os dispositivos locais – tanto da Carta estadual quanto da Lei 1.117/90 – que estabelecem a subordinação da remuneração dos servidores públicos estaduais ao salário mínimo profissional (o denominado piso salarial profissional), o qual, em regra, é regulado por legislação federal ou convenção/acordo coletivo de trabalho, sendo, somente na ausência desses, regulado por lei estadual, conforme delegação contida na Lei Complementar Federal nº 103/2000.

A jurisprudência da Corte é pacífica no que tange ao não cabimento de qualquer espécie de vinculação entre remunerações de servidores do Estado a fatores alheios à sua vontade e ao seu controle; seja às variações de índices de correção editados pela União; seja às variações dos pisos salariais profissionais. Nesse sentido, *vide* os seguintes julgados:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE ALAGOAS (ART. 55, XII). SERVIDOR PÚBLICO. HABILITAÇÃO PROFISSIONAL ESPECIFICA. PISO SALARIAL PROFISSIONAL. MECANISMO DE REAJUSTE AUTOMÁTICO DE VENCIMENTOS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

A fixação, pela Constituição do Estado, do salário mínimo profissional como piso salarial para certas categorias de servidores públicos cria um mecanismo de reajuste automático de vencimentos que parece afetar o postulado da separação de poderes, por inobservância da cláusula de iniciativa reservada para a instauração do necessário processo legislativo. Mais do que isso, essa vinculação condicionante da remuneração devida a certas categorias funcionais também parece vulnerar o próprio princípio federativo, que não tolera a subordinação da política salarial referente ao funcionalismo público local a variação de índices fixados pela União (ADI nº 668/AL-MC, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 19/6/92).

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LIMINAR. REMUNERAÇÃO. SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. VINCULAÇÃO. SALÁRIO-MINIMO PROFISSIONAL. JORNADA DE TRABALHO.

A vinculação, na Constituição Estadual, da remuneração e da jornada de servidores estaduais a disciplina que se estabelece, em lei federal, para profissionais congêneres, para os quais se estipula piso salarial correspondente a determinada quantia de salários-mínimos, torna relevante a alegação de inconstitucionalidade, em face do princípio da autonomia dos Estados-membros, bem como das regras que se referem a iniciativa reservada do Poder Executivo para certas matérias e a inadmissibilidade de vinculação e reajustamento automático de remuneração no âmbito do Poder Público (arts. 25; 61, par. 1., II, a e c; e 37, XIII, da CF). Precedentes. Medida liminar deferida (ADI nº 1.064/MS-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 9/9/94).

(...) 2. Inconstitucionalidade das disposições legais impugnadas porque ferem a um só tempo os seguintes preceitos da Carta de 1969: a) iniciativa exclusiva do Governador para deflagrar o processo legislativo de lei que concede aumento de vencimentos ou aumenta a despesa (art. 57, II, c/c art. 200); b) autonomia do Estado, por ficar submisso a índice de correção monetária fixado pela União (art. 13); e c) proibição de vinculação de qualquer natureza para efeito de remuneração do pessoal do serviço público, ao conceder reajuste automático (art. 98, par. Único). (...) (AO nº 293/SC, Tribunal Pleno, Rel. p/ o ac. Ministro Maurício Corrêa, DJ de 24/11/95).

(...) Quanto as expressões “com piso salarial profissional nunca inferior a três vezes o piso salarial dos funcionários públicos estaduais”, contidas na letra “e” do inciso II do artigo 199 da Constituição do Estado do Amazonas, são inconstitucionais, porquanto, em se tratando de estabelecimento de piso em múltiplo de piso salarial, há a vinculação vedada pelo artigo 37, XIII, da Constituição Federal. (...) (ADI nº 120/AM, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 26/4/96).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI RONDONIENSE N. 256/1989. FIXAÇÃO DE VENCIMENTO BÁSICO PARA DESEMBARGADOR ESTADUAL E CRIAÇÃO DE FÓRMULA DE REAJUSTE.

1. Prejuízo da ação quanto aos arts. 1º e 2º da Lei rondoniense n. 256/1989 em face das alterações constitucionais posteriores. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 96/RO. 2. Inconstitucionalidade da vinculação de reajuste de remuneração de servidores públicos ao índice de preços ao consumidor. Descumprimento do princípio federativo e da autonomia estadual. Precedentes. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade prejudicada quanto aos arts. 1º e 2º da Lei rondoniense n. 256/1989 e julgada procedente quanto aos arts. 3º e 4º desse diploma legal (ADI nº 285/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 19/3/10).

Por fim, reconhecidas as inconstitucionalidades formal e material do art. 1º, *caput* e parágrafos, da Lei estadual nº 1.117/90, deve ser de-

clarada a inconstitucionalidade, *por arrastamento*, da íntegra do mencionado diploma legal, o qual, de resto, limita-se a veicular normas que instrumentalizam a aplicação do seu art. 1º.

Com essas considerações, voto pela procedência do pedido e pela declaração de inconstitucionalidade da expressão “assegurada aos servidores ocupantes de cargos ou empregos de nível médio e superior remuneração não inferior ao salário mínimo profissional estabelecido em lei” contida no inciso II do art. 27 da Constituição do Estado de Santa Catarina, bem como da íntegra da Lei estadual nº 1.117/90.

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Ministro Toffoli, eu queria um esclarecimento, até porque nós temos de saber que estamos direcionando a jurisprudência num determinado sentido.

Aqui, são normas da Constituição de Santa Catarina, de 90. Portanto, estou imaginando que seja da Constituição de 89, e o Constituinte decorrente, Constituinte estadual, incluiu, na matéria de servidores públicos, a questão referente à fixação de um piso de vencimento, que ficaria a cargo, portanto, de lei de iniciativa do governador. Se considerarmos a inconstitucionalidade formal, estamos a afirmar que as Constituições estaduais não podem tratar, no regime constitucional estadual dos servidores...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Não. O vício de iniciativa é em relação à lei e não à Constituição.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Não à Constituição. Então, quando a conclusão é no sentido da...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Eu fiz o resumo do voto, que foi anteriormente distribuído. Isso está esclarecido no voto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Vossa Excelência, ao final, vota pela procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade, contido no inciso II da Lei.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Isso está bem claro no voto. À fl. 2 de meu voto, digo: “por essas razões, reconheço a inconstitucionalidade formal da lei”.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Então, só da lei. Ou seja, quanto à Constituição, mantém-se integral...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Na parte conclusiva do voto, falo o seguinte: “por fim, reconheci-das as inconstitucionalidades formal e material do art. 1º e *caput* da lei (...)”. Eu falei “da lei” e não “da Constituição”.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) – Vossa Excelência declara a inconstitucionalidade da expressão contida no art. 27, inciso II?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Exatamente. E também da íntegra da Lei nº 1.117/90, embora tenha sido atacado apenas o art. 1º, *caput* e parágrafos. Mas, ao declará-los inconstitucionais, por arrastamento, a lei não tem nenhuma utilidade no que ela sobeja.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Presidente, só para entender a posição da Ministra Cármen, que é a de que a questão do vício de iniciativa não se colocaria em termos da Constituição estadual.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Originária.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – A Constituição estadual, em relação a servidores e a vencimentos que não impliquem aumento, eu acho que o Constituinte estadual pode tratar. Aqui, é porque fixou-se um piso de vencimento estabelecido em lei, e o Ministro Toffoli afirma que esta lei tinha vício formal de iniciativa.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Eu entendi. Eu teria uma dificuldade, mas não é relevante no momento, porque, na verdade, a Constituição estadual, ao estabelecer uma vinculação ao salário mínimo profissional, de certa forma, ela estabelece uma vinculação à legislação federal, e, aí, eu teria uma dificuldade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Isso é considerado inconstitucional pela nossa jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Você vincular a remuneração estadual...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – A uma lei federal, porque, aí, a autonomia do Estado ...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ao salário mínimo, eu até não teria muita dificuldade, mas a salário profissional, teria um pouco mais.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – É porque a autonomia do Estado ficaria comprometida.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – É, por isso mesmo. A autonomia do Estado subordinada a uma modificação por lei federal.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Por isso mesmo. Eu estou concordando com Vossa Excelência. Estou concordando, por isso fiz o questionamento.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Eu teria essa dificuldade. Mas não é essa a questão, em rigor, como o Ministro Toffoli está declarando a lei inconstitucional.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Por vício formal.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – É, eu estou plenamente de acordo com essa declaração.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Por vício formal. Eu só fico no vício formal, por isso fiz a chamada.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Como Relator, eu já trago as várias hipóteses, porque, se ficasse vencido quanto à inconstitucionalidade formal, teria que enfrentar a material.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Pois é, então por isso é que eu estou marcando que: eu estou acompanhando o Relator quanto ao vício formal da lei.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Mas, na conclusão, Vossa Excelência está acompanhando, porque a proclamação corresponde à parte conclusiva.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – É, exatamente.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) – Tem a Constituição, e o dispositivo da Constituição?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – A Constituição porque tem a norma, a Constituição tem a norma da vinculação ao salário mínimo profissional.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

E a conclusão aqui, Senhor Presidente, é pela procedência da ação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – É vício formal.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

E, aí, os fundamentos podem ser diversos.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 290

Procedência: Santa Catarina

Relator: Ministro Dias Toffoli

Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina

Procurador: Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina

Interessada: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “assegurada aos servidores ocupantes de cargos ou empregos de nível médio e superior remuneração não inferior ao salário mínimo profissional estabelecido em lei”, contida no inciso II do art. 27 da Constituição do Estado de Santa Catarina, bem como da íntegra da Lei estadual nº 1.117/90. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, neste julgamento, o Ministro Marco Aurélio.

Plenário, 19.02.2014.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 121.652, de Santa Catarina

Relator: Ministro Dias Toffoli

Paciente(s): Roberto Alexandre da Cunha

Impetrante(s): Defensoria Pública da União

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

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

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE O CRIME DE FALSO (ART. 304 DO CP) CONSTITUI MEIO DE EXECUÇÃO PARA A CONSUMAÇÃO DA INFRAÇÃO DE EXERCÍCIO ILEGAL DA PROFISSÃO (ART. 47 DO DL Nº 3.688/41). NÃO OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE UM TIPO PENAL PREVISTO NO CÓDIGO PENAL SER ABSOLVIDO POR UMA INFRAÇÃO TIPIFICADA NA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. ORDEM DENEGADA.

1. O princípio da consunção é aplicável quando um delito de alcance menos abrangente praticado pelo agente for meio necessário ou fase preparatória ou executória para a prática de um delito de alcance mais abrangente.
2. Com base nesse conceito, em regra geral, a consunção acaba por determinar que a conduta mais grave praticada pelo agente (crime-fim) absorve a conduta menos grave (crime-meio).
3. Na espécie, a aplicabilidade do princípio da consunção na forma pleiteada encontra óbice tanto no fato de o crime de uso de documento falso (art. 304 do CP) praticado pelo paciente não ter sido meio necessário nem fase para consecução da infração de exercício ilegal da profissão (art. 47 do DL nº 3.688/41) quanto na impossibilidade de um crime tipificado no Código Penal ser absorvido por uma infração tipificada na Lei de Contravenções Penais.
4. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 22 de abril de 2014.

Ministro Dias Toffoli, Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Roberto Alexandre da Cunha, apontando como autoridade coatora a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no AREsp nº 442.936/RS, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Sustenta a impetrante, em síntese, que o delito de falso perpetrado pelo paciente seria o crime meio para a consumação da infração de exercício ilegal da profissão, previsto no art. 47 do Decreto-Lei nº 3.688/41.

Nesse contexto, entende aplicável o princípio da consunção.

Requer, liminarmente, a concessão da ordem “a fim de se reconhecer a incidência do princípio da consunção para que o delito de exercício ilegal de profissão ou atividade absorva o delito de uso de documento falso” (fl. 5 da inicial).

Indeferi o pedido de liminar e, por estar a impetração devidamente instruída com as peças necessárias à perfeita compreensão da controvérsia, dispensei o pedido de informações.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra da ilustre Sub-procuradora-Geral da República Dra. Cláudia Sampaio Marques, opinou pelo não conhecimento da impetração e, caso dela conheça a Turma, pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, volta-se esta impetração contra ato da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no AREsp nº 442.936/RS, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Narra a impetrante, na inicial, que

o paciente foi condenado pela prática do crime tipificado no art. 304 c/c art. 297 e art. 71, todos do Código Penal, sendo a sua pena final fixada em 3 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, em regime inicialmente aberto, e pagamento de 30 dias-multa, podendo recorrer em liberdade. Sendo substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos na modalidade de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas e prestação pecuniária de R\$ 5.000,00 em parcela única em benefício de instituição social.

A defesa, irressignada, interpôs apelação à qual foi provida parcialmente para reduzir o valor do dia multa, em virtude da demonstração financeira do agravante e, posteriormente, Recurso Especial e Agravo em face da não admissão do Recurso Especial.

Uma vez no e. STJ, a Relatora, em decisão monocrática, negou provimento ao Agravo em Recurso Especial interposto pela defesa.

A Sexta Turma do e. STJ, por unanimidade, negou provimento ao recurso, não reconhecendo a ocorrência do princípio da consunção para que o delito de exercício ilegal de profissão ou atividade absorva o delito de uso de documento falso (...) (fls. 1/2 da inicial).

Transcrevo a ementa do julgado ora questionado:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 304 C/C 297 E 171, TODOS DO CP. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO PARA QUE O DELITO DE ESTELIONATO ABSORVA O DELITO DE USO DE DOCUMENTO FALSO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF, 356/STF E 211/STJ. OFENSA AOS ARTS. 304 C/C 297, AMBOS DO CP E 47 DA LCP. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO PARA QUE O DELITO DE EXERCÍCIO ILEGAL DE PROFISSÃO OU ATIVIDADE ABSORVA O DELITO DE USO DE DOCUMENTO FALSO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICOPROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É condição *sine qua non* ao conhecimento do especial que o acórdão recorrido tenha emitido juízo de valor expresso sobre a tese jurídica que se busca discutir na instância excepcional, sob pena de ausência de pressuposto processual específico do recurso especial, o prequestionamento. Inteligência dos enunciados 211/STJ, 282 e 356/STF.
2. É vedado em sede de recurso especial o reexame de matéria fático-probatória, nos termos do enunciado da Súmula 7/STJ.
3. Agravo regimental a que se nega provimento” (fl. 2068 – anexo 9 – grifos da autora).

Essa é a razão pela qual se insurge a impetrante neste *writ*.

Pelo que se tem no julgado emanado do Superior Tribunal de Justiça, não se vislumbra ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia que justifique a concessão da ordem. Com efeito, a decisão proferida por aquela Corte encontra-se suficientemente motivada, restando, assim, justificado o convencimento formado.

Ademais, a consunção no direito penal, segundo o magistério de Fernando Capez, “é o princípio segundo o qual um fato mais amplo e mais grave consome, isto é, absorve outros fatos menos amplos e graves, que funcionam como fase normal de preparação ou execução ou mero exaurimento” (*Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 13ª. ed. Saraiva 2009. p. 74).

Portanto, há campo para a aplicabilidade do princípio da consunção quando um delito de alcance menos abrangente praticado pelo agente for meio necessário ou fase preparatória ou executória para a prática de um delito de alcance mais abrangente.

Com base nesse conceito doutrinário, em regra geral, a consunção acaba por determinar que a conduta mais grave praticada pelo agente (crime-fim) absorva a conduta menos grave (crime-meio).

Diante desse panorama, verifico dois obstáculos à aplicabilidade do princípio da consunção na forma pleiteada pela impetrante, desmembrados a partir do conceito doutrinário explicitado.

O primeiro tem como escopo o fato de que o crime de uso de documento falso (art. 304 do CP) praticado pelo paciente não ter sido meio necessário nem fase para a consecução da infração de exercício ilegal da profissão (art. 47 do DL nº 3.688/41).

O segundo se encerra, a meu ver, na impossibilidade de um crime tipificado no Código Penal ser absorvido por uma infração tipificada na Lei de Contravenções Penais.

Aliás, outro não foi o entendimento da Procuradoria-Geral da República. Lê-se no parecer:

8. Com efeito, não há que se falar em aplicação do princípio da consunção à espécie. É cediço que o crime de uso de documento falso é qualificado como

instantâneo e sendo de natureza formal sua consumação ocorre com a mera apresentação do documento contrafeito (no caso, nas inúmeras vezes que o paciente utilizou a carteira de identidade da OAB/SC falsificada junto à Justiça do Trabalho e Estadual de Santa Catarina), não se exigindo a realização de qualquer resultado concreto. Trata-se, pois, de delito autônomo e sem qualquer vinculação com a contravenção penal descrita no art. 47 da LCP, conduta distinta e que evidentemente é passível de responsabilização criminal perante o Juízo competente.

9. Registre-se ainda que se revela totalmente incongruente pretender que o ilícito mais grave se traduza em mera fase de preparação ou execução (crime-meio) à consecução da infração menos nociva (no caso, a contravenção penal), sendo por esta absorvido, raciocínio que seria totalmente inverso ao que preconiza o princípio da consunção (...).

Ante o exposto, voto pela denegação da ordem.

EXTRATO DE ATA

Habeas Corpus n. 121.652

Procedência: Santa Catarina

Relator: Ministro Dias Toffoli

Paciente(s): Roberto Alexandre da Cunha

Impetrante(s): Defensoria Pública da União

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

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

Decisão: A Turma indeferiu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator. Unânime. Não participaram, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio e a Senhora Ministra Rosa Weber. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, 22.4.2014.

Presidência do *Senhor Ministro Marco Aurélio*. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma

INQUÉRITO

Inquérito n. 3.074, de Santa Catarina

Relator: Ministro Roberto Barroso

Autor: Ministério Público Federal

Procurador: Procurador-Geral da República

Investigado: Henrique Chiste Neto

Investigado: Naum Alves de Santana

Investigado: Luiz Cláudio Gubert

Advogados: Marcelo Harger e outro(s)

Investigado: Marco Antônio Tebaldi

Advogados: Carlos Aduino Virmond Vieira e outro(s)

Investigada: Vanessa Tafla

Advogado: Miguel Pereira Neto

Advogado: Victor Daher

EMENTA

IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA.

A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.

Incontrovertida a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta.

Denúncia rejeitada por falta de justa causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, preliminarmente, em questão de ordem, em rejeitar a proposta formulada pelo Ministro Marco Aurélio no sentido do desmembramento dos autos do inquérito. Na sequência, por maioria de votos, acordam em rejeitar a denúncia, nos termos do voto do relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 26 de agosto de 2014.

Ministro Luís Roberto Barroso, Relator

Extrato de Ata - 05/06/2014

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

Inquérito n. 3.074

Procedência: Santa Catarina

Relator: Ministro Roberto Barroso

Autor: Ministério Público Federal

Procurador: Procurador-Geral da República

Investigado: Henrique Chiste Neto

Investigado: Naum Alves de Santana

Investigado: Luiz Cláudio Gubert

Advogado: Marcelo Harger e outro(s)

Investigado: Marco Antônio Tebaldi

Investigada: Vanessa Tafla

Advogada: Bárbara Mendes Lôbo

Decisão: Retirado de pauta por indicação do Relator.

Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 05.06.2014.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Luiz Tomimatsu

Assessor-Chefe do Plenário

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se de inquérito instaurado para apurar a prática, em tese, do crime previsto no art. 89, da Lei nº 8.666/93 (Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade), em virtude da contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, de escritório de advocacia para consultoria jurídica e patrocínio judicial do Município de Joinville/SC na retomada dos serviços de abastecimento de água e esgoto. O referido serviço fora executado pela Companhia Catarinense de Águas e Saneamento (CASAN) durante 30 (trinta) anos e, em razão de término de contrato, o Poder Executivo Municipal objetivava transferir a execução do serviço sanitário para a Agência Municipal de Água e Esgoto de Joinville (AMAE).

2. O Ministério Público, na denúncia, não negou a notória especialização dos advogados contratados. Todavia, alegou a inexistência de singularidade do objeto do Contrato 305/2005 a justificar a inexigibilidade de licitação. A acusação sustentou que o trabalho jurídico na retomada do serviço de saneamento e esgoto pelo Município de Joinville/SC teria natureza ordinária, não sendo dotado de complexidade que justificasse a contratação de profissional com notória especialização.

3. Após o oferecimento da peça acusatória pelo *Parquet* Estadual, o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Joinville/SC determinou a notificação dos denunciados para apresentação de defesa preliminar, nos termos do art. 514 do Código de Processo Penal (fls. 480, vol. 3). Henrique Christie Neto e Naum Alves de Santana manifestaram-se, respectivamente, em 15.12.2010 (fls. 506/535) e em 17.12.2010 (fls. 555/585).

4. Em 17.12.2010, o Juízo de Primeira Instância declinou da competência e determinou a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal (STF), em razão de o acusado Marco Antonio Tebaldi, na época dos fatos Prefeito de Joinville (SC), ter sido diplomado Deputado Federal (fls. 552/553).

5. A Procuradoria-Geral da República, em 17.12.2011, requereu o prosseguimento do feito, com a intimação de Naum Alves Santana para convalidar sua resposta à denúncia e a notificação de Marco Antônio Tebaldi, Luiz Cláudio Gubert e Vanessa Tafla, nos termos do art. 4º da Lei nº 8038/90 (fls. 596/597). O Relator originário, Ministro Joaquim Barbosa, deferiu o pleito ministerial às fls. 599/601. Na mesma oportunidade, firmou a competência do STF para julgar o feito, mesmo na circunstância de Marco Antônio Tebaldi ter se licenciado do seu mandato de Deputado Federal para assumir o cargo de Secretário de Educação do Estado de Santa Catarina.

6. Em 17.01.11, Luiz Cláudio Gubert apresentou sua defesa (fls. 604/632). Henrique Chistie Neto (fls. 506/535), Naum Alves de Santana (fls. 555/585) e de Luiz Cláudio Gubert (fls. 604/632), na resposta à acusação, trouxeram os seguintes argumentos:

(a) a denúncia é inepta e não atende aos requisitos do art. 41 do CPP, por não descrever, de forma individual e pormenorizada, as supostas condutas ilícitas praticadas pelos denunciados;

(b) a conduta de sugerir a não realização de licitação é atípica, pois o delito descrito no art. 89 da Lei nº 8666/93 possui natureza de crime próprio, ou seja, apenas o Prefeito Marco Antônio Tebaldi poderia ser sujeito ativo do crime, na medida em que somente ele tinha competência para declarar a dispensa ou inexigibilidade do certame;

(c) eventual existência de outros escritórios capacitados para a execução do contrato não impede a inexigibilidade da licitação, pois não se deve confundir singularidade com unicidade do prestador do serviço;

(d) na hipótese de se entender pela tipicidade da conduta imputada aos acusados que não tinham poderes para afastar a licitação, ainda assim incide no caso concreto hipótese de excludente de culpabilidade, porque a sugestão da inexigibilidade de certame restou convalidada pela Procuradoria-Geral do Município, órgão técnico ao qual o administrador público se encontra vinculado;

(e) nesse contexto, sustenta-se que os denunciados Henrique Chistie Neto, Naum Alves de Santana e de Luiz Cláudio Gubert incorreram em erro de tipo essencial (art. 20, parágrafo primeiro, do CP) que exclui o elemento subjetivo do tipo (dolo);

(f) demonstrada a boa-fé, não pode ser imputada qualquer conduta ilícita, pois, mesmo havendo inabilidade por parte dos denunciados, não se identifica nas condutas Henrique Chistie Neto, Naum Alves de Santa-

na e de Luiz Cláudio Gubert o dolo específico, que se configura apenas quando houver vontade livre de deixar de exigir a licitação, com consciência da ilicitude deste comportamento;

(g) a culpa também deve ser afastada porque não é razoável exigir que os agentes públicos questionem cada um dos pareceres exarados pelos órgãos técnicos.

7. A acusada Vanessa Tafla alegou ser sócia minoritária da empresa de advocacia contratada e apresentou resposta à denúncia às fls. 665/718, sustentando em síntese que:

(a) o serviço contratado (Contrato 305/05) possui característica de singularidade, pois não havia no Município de Joinville casos relativos à retomada dos serviços de saneamento básico, sendo a primeira vez na história da municipalidade em que foram realizados trabalhos jurídicos voltados à retomada de tais serviços, que eram prestados pela CASAN por mais de 30 anos;

(b) houve resistência da CASAN na liberação e entrega das instalações afetas aos serviços públicos de saneamento básico, os quais foram reassumidos pelo Município de Joinville somente em decorrência do êxito dos trabalhos jurídicos de natureza singular, prestados pela empresa de advocacia contratada;

(c) o não exaurimento da ação civil pública, instaurada para a apuração de ato de improbidade, pode gerar insegurança jurídica, em vista da possibilidade de contradição de decisões de jurisdições distintas.

8. Em 3.6.2011, o Deputado Federal licenciado Marco Antônio Tebaldi, prefeito de Joinville à época dos fatos narrados na denúncia, apresentou resposta nos termos do art. 4º da Lei nº 8038/90 (fls. 916/944). O réu argumentou que a contratação do escritório foi plenamente justificada e que estava convicto de que agira nos estritos limites do seu

dever legal e em prol do interesse público municipal, sendo-lhe inexigível conduta diversa. Para tanto, apresentou os seguintes números indicativos da magnitude da causa:

Note-se, por importante, que a arrecadação da AMAE equivale a 10% (*dez por cento*) da Receita do Município de Joinville, o que corresponde a aproximadamente R\$ 5.000.000,00 (*cinco milhões de reais*) por mês. Isto representa um volume anual de receitas municipais da ordem de R\$ 60.000.000,00 (*sessenta milhões de reais*), e se levarmos em conta que estamos falando de contrato de concessão de um serviço essencial – água, esgoto e saneamento básico, cujo prazo de duração foi de 30 anos, chega-se a gigantesca soma de R\$ 1.8000.000 (*um bilhão e oitocentos milhões de reais*).

9. A Procuradoria-Geral da República, às fls. 949/961, requereu o recebimento da denúncia, reafirmando a tese de ausência de singularidade do objeto contratado. Sustentou que Marco Antônio Tebaldi, Henrique Chiste Neto, Naum Alves de Santana e Luiz Cláudio Gubert desrespeitaram o princípio da economicidade. Quanto aos denunciados Henrique Chiste Neto, Naum Alves de Santana, além de assinarem o pedido de abertura do procedimento de Inexigibilidade de Licitação 66/2005, também teriam firmado o ato que declarou a inexigibilidade de licitação, posteriormente homologado pelos denunciados Marco Antônio Tebaldi e Luiz Cláudio Gubert. Assim, ficaria prejudicada grande parte da tese defensiva dos referidos réus, de que teriam apenas sugerido a contratação direta (fls. 957). Relativamente a Luiz Cláudio Gubert, a acusação argumentou que, além de assinar a homologação de declaração de inexigibilidade, também teria assinado o contrato firmado com o escritório de advocacia.

10. Por fim, o *Parquet* sustentou que o Parecer 75/2005, que deu respaldo à conclusão pela inexigibilidade de licitação, possuía apenas ca-

ráter opinativo e que a contratação direta do escritório pela Prefeitura não teria preenchido os requisitos impostos pela Lei nº 8.666/93. Quanto às teses de defesa apresentadas por Vanessa Tafla, o Ministério Público Federal argumentou que a jurisprudência do STF é pacífica sobre a independência das esferas cível e penal e que

a cópia da petição inicial produzida pela banca de advogados em favor do Município de Joinville/SC presentes às fls. 114/131 demonstra a verdadeira natureza da causa: tratar-se de demanda comum de Direito Administrativo, não sendo necessário o emprego de conhecimentos técnicos próprios apenas daquele escritório de advocacia (fls. 960).

11. É o relatório.

VOTO

EMENTA

IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA.

1. A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. 2. Incontroversa a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. 3. Denúncia rejeitada por falta de justa causa.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se de denúncia pela suposta prática do crime de dispensa indevida de licitação, previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. A situação de fundo envolve a contratação de escritório de advocacia para atuar na retomada do serviço de saneamento básico do Município de Joinville/SC.

2. Antes de ingressar no exame específico do caso concreto, entendo oportuno procurar estabelecer alguns parâmetros para o controle de legalidade de atos de contratação direta de serviços jurídicos por parte da Administração, com o reconhecimento da inexigibilidade de licitação. Aqui, como em outros domínios do direito administrativo, é necessário conciliar as exigências da impessoalidade – por meio do uso das licitações como regra geral – e da eficiência, que pode recomendar, em determinadas situações, a contratação direta de serviços altamente especializados. Ambos os vetores estão associados, portanto, à realização do interesse público primário.

I. CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS

3. O art. 37, XXI, da Constituição prevê que a contratação de obras e serviços por parte da Administração Pública será realizada mediante licitação na qual se assegure igualdade de condições aos participantes, ressalvados os casos especificados na legislação¹. Nesses termos, a própria ordem constitucional admite a possibilidade de o legislador criar exceções pontuais ao dever de licitar.

4. Regulamentando a previsão constitucional, a Lei nº 8.666/93 enumera situações em que o certame é considerado inexigível, dada a impossibilidade de competição. Dentre as hipóteses, o art. 25, inciso II, faz referência à contratação de profissionais dotados de notória especialização para a execução de serviços técnicos diferenciados², referidos no

art. 13 do mesmo Diploma. Esse segundo dispositivo menciona expressamente: a elaboração de pareceres (inciso II), no que se pode incluir os de natureza jurídica; e (ii) o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas (inciso V)³.

5. Duas considerações podem justificar o afastamento do dever de licitar nesses casos: (i) a peculiaridade dos próprios serviços, quando sejam marcados por considerável relevância e complexidade; e (ii) a falta de parâmetros para estruturar a concorrência entre diferentes prestadores especializados. Imagine-se, e.g., a contratação de advogados para o fim de auxiliar na renegociação de empréstimos vultosos tomados pelo Poder Público junto a uma entidade estrangeira. Certamente é possível identificar um conjunto de profissionais dotados de prestígio nessa área de atuação, mas não se pode estabelecer uma comparação inteiramente objetiva entre os potenciais habilitados. A atribuição de um encargo como esse pressupõe uma relação de confiança na *expertise* diferenciada do prestador, influenciada por fatores como o estilo da argumentação, a maior ou menor capacidade de desenvolver teses inovadoras, atuações pretéritas em casos de expressão comparável, dentre outros.

6. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de analisar a matéria, concluindo pela dificuldade em se realizar licitação para contratação de serviços advocatícios. Veja-se a ementa do HC 86.198/PR, julgado pela Primeira Turma sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence:

EMENTA: (...)

III. *Habeas Corpus*: crimes previstos nos artigos 89 e 92 da L. 8.666/93: falta de justa causa para a ação penal, dada a inexistência, no caso, de licitação para a contratação de serviços de advocacia.

1. A presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do

relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia.

2. Extrema dificuldade, de outro lado, da licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais da profissão (L. 8.8906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7º).

7. Apesar da dificuldade, é necessário atribuir maior densidade à interpretação dos parâmetros legais da notória especialização do profissional e da singularidade do serviço. A falta de tais balizas é prejudicial ao interesse público e aos interesses legítimos dos contratantes privados. Com efeito, a indefinição cria insegurança jurídica e pode levar a equívocos em ambas as pontas do espectro: tanto pela dispensa da licitação em situações em que esta seria possível e devida, quanto pela sua realização em contextos inadequados, retardando atividade relevante ou impedindo a contratação dos profissionais mais indicados à luz das necessidade do caso. Sem falar no risco de responsabilização administrativa e até criminal do gestor público e dos próprios advogados – na linha do que se cogita no presente caso – inclusive nas hipóteses em que seja difícil vislumbrar má-fé na contratação direta.

8. Assim, na tentativa de aumentar a transparência e a segurança da avaliação a ser conduzida pelo Poder Público, entendo que a inviabilidade de competição deve ser aferida a partir dos seguintes critérios: a) necessidade de procedimento administrativo formal; b) notória especialização do profissional a ser contratado; c) natureza singular do serviço; d) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) verificação da prática de preço de mercado para o serviço.

a) *Procedimento administrativo formal*

9. Os procedimentos e contratos lavrados mediante inexigibilidade de licitação devem observar, no que couber, as exigências formais e de publicidade contidas na Lei nº 8.666/93, especialmente as que decorrem dos arts. 26 e 60-64. A necessidade de motivação expressa quanto ao ponto potencializa a verificação de eventuais irregularidades por parte dos órgãos de controle e até de agentes da própria sociedade.

b) *Notória especialização do profissional a ser contratado*

10. O art. 25, §1º, da Lei nº 8.666/93 dispõe sobre a notória especialização:

Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

11. Como se percebe, o que a norma exige é que a escolha recaia sobre profissional dotado de especialização notória, ou seja, incontroversa. Não basta, portanto, que goze da confiança pessoal do gestor público, sendo necessário que a sua qualificação diferenciada seja aferida por elementos objetivos, reconhecidos pelo mercado. É o caso, e.g., da formação acadêmica e profissional do contratado e de sua equipe, da autoria de publicações pertinentes ao objeto da contratação, da experiência em atuações pretéritas semelhantes.

12. É certo que esses indicadores continuam permitindo certa margem de discricionariedade na análise do que seja “profissional capacitado a prestar o serviço mais adequado ao interesse público”. Eles parecem

suficientes, contudo, para delimitar uma faixa de opções aceitáveis, excluindo a legitimidade de avaliações puramente pessoais dos administradores públicos. O que a lei permite, compreensivelmente, não é a contratação de talentos ocultos, e sim de prestadores que já são reconhecidos pelo mercado como referências nas suas respectivas áreas.

c) *Natureza singular do serviço*

13. A natureza singular refere-se ao objeto do contrato, ao serviço a ser prestado, que deve escapar à rotina do órgão contratante e da própria estrutura de advocacia pública que o atende. Não basta, portanto, que o profissional seja dotado de notória especialização, exigindo-se, igualmente, que a atividade envolva complexidades que tornem necessária a peculiar *expertise*. É essa nota de diferenciação que torna inviável a competição, mesmo entre prestadores qualificados, dada a necessidade de um elo de especial confiança na atuação do profissional selecionado. O pressuposto foi objeto da Súmula 39/TCU, que tem a seguinte redação:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

14. Ainda acerca da singularidade do objeto contratado, vejam-se as seguintes passagens de Marçal Justen Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello, destacando que a locução “natureza singular” destina-se a evitar a generalização da contratação direta dos serviços especializados descritos no art. 13:

É imperioso verificar se a atividade necessária à satisfação do interesse sobre a tutela estatal é complexa ou simples, se pode ser reputada como atuação padrão e comum ou não. A natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por profissional não “especializado”⁴.

Se o serviço pretendido for banal, corriqueiro, singelo, e, por isso, irrelevante que seja prestado por “A” ou por “B”, não haveria razão alguma para postergar-se o instituto da licitação. Pois é claro que a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessário, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido.

(...)

Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório entendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.

Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público⁵.

15. Na mesma linha, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já reconheceu a “confiança” no trabalho profissional como elemento subjetivo a ser aferido, no contexto dos serviços especializados, quando do exame da inexigibilidade de licitação. Veja-se a parte relevante da ementa do acórdão proferido na AP 348, relatada pelo Ministro Eros Grau:

(...) “Serviços técnicos profissionais especializados” são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento rígido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (cf. O §1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.

16. O caráter parcialmente subjetivo da denominada confiança no profissional pode e deve ser objeto de fundamentação transparente, com o que se permite o controle intersubjetivo quanto à razoabilidade da escolha administrativa. A singularidade do serviço não exige que exista um único profissional apto, mas sim que se demonstre a presença de característica própria do serviço que justifique a contratação de um profissional dotado de determinadas características, em detrimento de outros potenciais candidatos.

d) *Inadequação da prestação do serviço pelo quadro próprio do Poder Público*

17. O fato de a entidade pública contar com quadro próprio de procuradores não obsta legalmente a contratação de advogado particular para a prestação de serviço específico. É necessário, contudo, que fique configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pela advocacia pública, dada a especificidade e relevância da matéria ou a deficiência da estrutura estatal. Sobre o tema, veja-se a seguinte passagem de Diógenes Gasparini:

Destarte, bastaria a verificação dessa circunstância para liberar a Administração Pública da obrigação de licitar. No entanto, outras razões podem reforçar essa contratação direta, a exemplo da urgência na execução dos serviços jurídicos, do número insuficiente de advogados no quadro, da falta de especialização dos profissionais do quadro para a realização do serviço, do excesso de serviços e dos interesses coincidentes do autor da demanda com os da consultoria jurídica.

18. Também aqui, a fundamentação exercerá o papel de dar transparência às razões que impedem a atuação da advocacia pública, evitando abusos e permitindo a fiscalização dos órgãos de controle, bem como da própria sociedade.

e) *Contratação pelo preço de mercado*

19. Por fim, deve ser verificada a adequação do preço a ser pago pelo serviço, nos termos do art. 48, da Lei nº 8.666/93. Como é natural, a opção por profissionais de referência tende a vir associada à cobrança de honorários em patamar compatível. O fato de a contratação direta envolver atuações de maior complexidade e/ou responsabilidade pode agravar essa circunstância, contribuindo para a elevação dos valores. Ainda assim, é necessário que a Administração demonstre que os honorários ajustados encontram-se dentro de uma faixa de razoabilidade segundo os padrões do mercado, observadas as características próprias do serviço singular e o grau de especialização profissional.

20. Feitos esses registros teóricos, já é possível passar à análise do caso concreto.

II. EXAME DO CASO CONCRETO

21. Como referido, a denúncia imputa aos acusados a prática do crime previsto no art. 89, da Lei nº 8.666/93, que tem a seguinte redação:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

22. A acusação alega que a contratação direta de escritório de advocacia para a retomada do serviço de abastecimento de água e esgoto do Município de Joinville/SC foi feita sem a demonstração da singularidade do objeto contratado. A essência da acusação está representada nos seguintes parágrafos da denúncia:

Ainda que a empresa Lacaz pudesse ser especializada ou contasse com profissionais de notória especialização (embora sem exclusividade), a dispensa de licitação por inexigibilidade em voga tropeçou em requisito inafastável porque não se particularizou alguma atividade que trouxesse à contratação cunho de excepcionalidade. Faltou, claramente, natureza singular ao objeto contratado, vez que não se considera como tal aquele serviço que pode ser executado por numerosos profissionais ou empresas.

...

Sem maiores comentários a tecer sobre referida iniciativa judicial, convenhamos que não há nada de singular, excepcional ou extraordinário nisso. Cuidasse de um serviço bem feito, é verdade, mas notoriamente simples, que outros escritórios de advocacia, inclusive de Joinville, poderiam fazer, sem se levar em conta – o que é pior – a existência de Procuradoria Jurídica neste município.

23. Passo a verificar a presença de prova de materialidade do ilícito e indícios de autoria, com base nos critérios anteriormente estabelecidos.

a) *Procedimento administrativo formal*

24. A denúncia não imputa a qualquer dos acusados a inobservância das formalidades previstas em lei, que foram consideradas devidamente cumpridas. O acusado Marco Antonio Tebaldi, na condição de Prefeito de Joinville, consultou a Procuradoria do Município sobre a legalidade da contratação direta de escritório de advocacia para a retomada do serviço de saneamento básico. A Procuradoria Geral do Município de Joinville emitiu o Parecer 75/2005, assim ementado (fls. 94/99):

A contratação de escritório de advocacia, por inexigibilidade de licitação, só é admissível em circunstâncias excepcionais, para atender a serviços específicos, cuja complexidade e especificidade, em face de sua singularidade recomendem a atuação de profissional de notória especialização na matéria em questão. É imperioso fundamentar a razão da escolha executante, bem como justificar o preço, que além de observar a relação custo/benefício, deve guardar fiel respeito ao princípio da economicidade.

25. Após discorrer sobre o tema, o parecerista aponta a necessidade da adoção dos seguintes procedimentos, que foram observados:

- (a) abertura de processo administrativo próprio, justificando a hipótese de inexigência, nos termos do art. 25, da Lei nº 8.666/93;
- (b) juntada dos documentos e justificativas de escolha do escritório e do preço (art. 26);
- (c) anexação do parecer jurídico (art. 38, VI);

- (d) juntado de ato de ratificação da autoridade superior cuja publicação deverá ser anexada ao processo (art. 25, § 2º);
- (e) juntada do termo do contrato, incluindo a respectiva proposta (art. 54, § 2º);
- (f) remessa de informações sobre a contratação ao Tribunal de Contas do Estado, nos termos da *IN* nº TC-01/2004.

26. Por fim, o Resumo do Ato Justificativo de Inexigibilidade (fls. 359/361 e 362) foi publicado no Diário Oficial do Estado de Santa Catarina (fls. 364), permitindo que as formalidades cumprissem o objetivo de promover, na medida possível, a transparência da decisão administrativa.

b) *Notória especialização do escritório de advocacia contratado*

27. No que se refere à especialização dos advogados contratados, conforme documentação apresentada no procedimento de inexigibilidade de licitação, a Administração baseou-se no fato de o escritório contratado já haver atuado em diversos casos relacionados a concessões de saneamento básico (fls. 345):

- (1) Concessão dos serviços públicos de saneamento básico promovido pela Prefeitura do Município de Limeira/SP;
- (2) Concessão dos serviços públicos de saneamento básico promovida pela Prefeitura Municipal de Araçatuba/SP;
- (3) Concessão dos serviços públicos de saneamento básico promovida pelo Departamento de Água e Esgoto de Bauru;
- (4) Concessão dos serviços públicos de abastecimento de água no Estado do Ceará
- (5) Consultoria à Companhia de Água e Esgoto do Ceará;

(6) Privatização da Companhia Estadual de Água e Esgoto do Rio de Janeiro.

28. Tal histórico constitui elemento objetivo a indicar a *expertise* do contratado na matéria relevante, além de permitir a análise específica dos padrões de atuação e dos resultados obtidos em ocasiões anteriores.

c) *Natureza singular do serviço e adequação da contratação de escritório particular, em lugar de se atribuir a atividade à Procuradoria do Município*

29. Diante da experiência profissional demonstrada pelo escritório de advocacia, o *Parquet* não questionou a notória especialização dos advogados (fls. 114/131). A despeito disso e de haver afirmado que eles teriam realizado um trabalho bem feito, a acusação buscou desmerecer a atuação do contratado, sobretudo por meio de críticas à petição inicial da Ação Ordinária com Pedido de Antecipação de Tutela proposta em face da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento (CASAN).

30. A análise isolada da petição inicial não é suficiente para avaliar a qualidade do trabalho geral – afinal reputado como positivo –, e muito menos para pretender desqualificar os pressupostos que teriam justificado a contratação direta. Com efeito, os méritos ou deméritos de uma petição não indicam a pouca complexidade da causa subjacente ou a falta de singularidade de um serviço jurídico, da mesma forma que a *expertise* de um advogado não se avalia apenas pela redação de um documento isolado, mas pelo conjunto de sua atividade – aí incluída a sua capacidade de identificar os possíveis riscos e elaborar estratégias processuais.

31. Nesse sentido, a análise da singularidade do serviço e da inadequação de que seja conduzido pelos quadros que integram o Poder Público deve ser aferida em momento anterior ao da contratação, com base

nas circunstâncias do caso concreto. No caso em tela, três fatores militam a favor da conclusão de que a inexigibilidade de licitação foi assentada de forma razoável:

1) a magnitude financeira da operação, que chegava a gerar receitas anuais no valor de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais);

2) o fato de ser a primeira vez, em trinta anos, que seria feita uma retomada do serviço de saneamento básico do Município de Joinville, que atende quase 300.000 (trezentas mil) pessoas; e

3) a resistência oferecida pela CASAN na liberação e entrega das instalações afetas ao saneamento básico, o que poderia colocar em risco a prestação de serviço essencial para a população.

32. A fim de esclarecer o fundado receio de resistência na entrega do serviço pela CASAN, o Parecer 75/2005, da Prefeitura Municipal de Joinville, destacou o seguinte:

(...) Cabe, sob esse aspecto, mencionar que ocorreram embates jurídicos diferenciados e complexos nos casos dos Municípios de Timbó, Itajaí, Itapema e outros, no Estado de Santa Catarina, todos versando sobre a retomada dos serviços de água e esgotos, antes concedidos à CASAN. Na hipótese do Município de Joinville, as questões apontam para dificuldades especiais, pelo fato de que ocorreram contratos entre o Município e a CASAN após finda a concessão, de gestão compartilhada e de prestação de serviços. Além disso, o Município de Joinville, sendo o maior do Estado, é aquele que propiciará um maior volume de recursos financeiros a ser retirado da receita da CASAN, a partir do momento em que os serviços forem efetivamente retomados. E isso aponta para um esperado esforço adicional, a ser realizado pela CASAN, para dificultar ao máximo a entrega dos serviços, bens e haveres alocados aos serviços de água e esgoto, tudo combinado com o fato de que deverá ocorrer um encontro de contas para resolver as questões financeiras pendentes, geradas nos últimos trinta anos.

33. Na espécie, a CASAN prestava serviço de saneamento básico municipal há trinta anos e insurgiu-se contra o fim do contrato de concessão. Tendo em vista o longo período de concessão que terminava, os altos valores envolvidos e a essencialidade do serviço em questão, não se pode considerar inconsistente o juízo de que a hipótese era incomum e justificava a contratação de um escritório de advocacia especializado na questão, tanto para resguardar os interesses patrimoniais do Município quanto para preservar, com a maior segurança possível, a continuidade da prestação.

34. A demonstração da gravidade da situação e da natureza singular do serviço pode ser confirmada, objetivamente, pelos termos da decisão judicial que, em sede de tutela antecipada, permitiu ao Município re-assumir os serviços operacionais de abastecimento de água e esgotamento sanitário, proferida pelo Juízo de Direito da Vara de Fazenda Pública da Comarca de Joinville/SC (fl. 186):

O periculum in mora está revelado pela urgente necessidade de o Município de Joinville, através da Companhia de Águas de Joinville, (re)assumir a prestação do serviço público de água e esgotamento sanitário, pois está findo o contrato celebrado com a CASAN, que está impedindo o acesso às instalações vinculadas ao contrato encerrado no último dia 31/07/2005.

Os Boletins de Ocorrência encartados às fls. 45 e 46, demonstram que os prepostos da AMAE foram impedidos de ter acesso às estações de tratamento de água nos dias 29/07 e 1º/08 do fluente ano, o que é corroborado pelo encarte “ANCidade”, edição de 30/07/2005, onde aparece em destaque, na primeira página, a seguinte chamada: “Casan garante que não vai sair de Joinville”, e que a “Estatal ameaça chamar a polícia caso Município tente ocupar seus postos”. No Jornal “A Notícia” edição de hoje, na pág A6 e, em especial, no encarte “ANCidade”, foi veiculada matéria sobre litígio envolvendo o Município de Joinville e a CASAN, onde funcionários da estatal e sindicalistas não abriram os portões das estações de tratamento de água, observando o acesso do Prefeito Municipal e do Presidente da Companhia Águas

de Joinville, impedindo que os serviços de água e esgotamento sanitário sejam (re)assumidos pelo autor.

Diante do expandido, finda a concessão e encerrado o contrato nº 281/2004, não mais existindo relação jurídico-contratual entre a concessionária e o poder público concedente, inarredável o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional a fim de assegurar ao Município de Joinville – titular do direito –, o acesso às estações de tratamento de água, instalações de tratamento de água, instalações, maquinários e equipamentos necessários à continuação da prestação do serviço público de água e esgotamento sanitário.

d) *Preço cobrado*

35. O Termo de Contrato 305/2005 (fls. 365/370) previa a prestação de serviços de elaboração de petições judiciais e administrativas, acompanhamento de feitos e participação em audiências nos processos judiciais que tenham por objeto a retomada do serviço de água e esgoto, até o trânsito em julgado. Pelo serviço foi cobrado o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), sem reajustes, a serem pagos em 6 (seis) parcelas mensais.

36. Não houve demonstração, na denúncia, de que o preço cobrado pelo serviço global estaria fora dos parâmetros praticados pelo mercado em casos semelhantes, motivo pelo qual não há prova de que não se atendeu a uma boa relação de custo-benefício. Vale notar, igualmente, que os honorários não parecem desproporcionais à vista dos valores subjacentes ao serviço e da responsabilidade assumida pelo contratante. Tal circunstância, somada à falta de impugnação fundamentada, afasta a possibilidade de que se cogite de cobrança em valor excessivo.

III. CONCLUSÃO

37. Por todo o exposto, conclui-se que a denúncia não teve êxito em demonstrar que o reconhecimento da inexigibilidade de licitação teria

sido inadequado, tendo em vista os parâmetros legais referidos e desenvolvidos no presente voto. No caso, a Prefeitura de Joinville procedeu à contratação direta de serviços advocatícios para efetuar a retomada de concessão de saneamento básico, tendo optado por escritório que já havia atuado em diversos casos similares, o que vai ao encontro do requisito de notória especialização. A singularidade do serviço, por sua vez, decorre de elementos como a essencialidade do serviço, os altos valores envolvidos e a postura de resistência da empresa concessionária. Sendo assim, não havendo prova da materialidade da prática do crime previsto no art. 89, da Lei nº 8.666/93, rejeito a denúncia, por falta de justa causa para o início da ação penal.

É como voto.

Notas

[1] CF/88, art. 37, 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”.

[2] Lei nº 8.666/93, art. 25: “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...) II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; (...)”.

[3] Lei nº 8.666/93, art. 13: “Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: (...) II - pareceres, perícias e avaliações em geral; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; (...)”.

[4] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2010, p. 368.

[5] Curso de direito administrativo, 2006, pp. 525-527.

[6] Serviços Jurídicos: quando caracterizados como técnicos profissionais especializados, de natureza singular, como é o caso, sua execução por profissional de notória especialização contratado pelo Poder Público é legítima e independe de qualquer procedimento licitatório, bastando um regular processo administrativo, Boletim de Licitações e Contratos – BLC, n° 7, Ano XXI, julho/2008, p. 661.

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* (PRESIDENTE) – Vossa Excelência mantém os autos do inquérito, como estão, no Supremo, inclusive quanto àqueles que não detêm a prerrogativa de serem aqui julgados?

O *SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO* (RELATOR) – Penso que sim, pela imbricação e pelo fato de que eu posso resolver por uma decisão única, nesse estágio. Talvez se estivéssemos num estágio mais inicial, eu pudesse pensar diferentemente e até aplicar a jurisprudência que Vossa Excelência tem praticado e à qual eu tenho aderido, mas não neste caso em que, quando o processo chegou a mim, já estava com a instrução concluída, e, portanto, já em condições de tirar esse peso da vida dessas pessoas.

Talvez se eu estivesse recebendo a denúncia, eu eventualmente até desmembrasse. Mas, para deixar de recebê-la por falta de justa causa, acho que serve melhor à Justiça proceder dessa forma.

É como voto, Presidente.

VOTO (S/ QUESTÃO DE ORDEM)

A *SENHORA MINISTRA ROSA WEBER* – Senhor Presiden-

te, subscrevo todos os fundamentos do eminente Relator, no que tange ao exame da questão de fundo, no que diz com a rejeição da denúncia. Entendo também que, neste caso, pode-se solucionar desde logo o processo, considerado o estágio em que ele se encontra, o qual foi apontado pelo eminente Relator.

Portanto, acompanho Sua Excelência nesta questão preliminar que Vossa Excelência coloca. Decido com relação a todos.

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, desde o Código de Processo Penal do Império, é dever – não é faculdade – do juiz, quando se depara com uma situação de constrangimento à liberdade de ir e vir, em qualquer juízo, instância ou tribunal, conceder a ordem de *habeas corpus*.

Se nós não estivéssemos, aqui, a rejeitar a denúncia em relação a todos, até porque eu também subscrevo o voto do Relator, deveríamos conceder o *habeas corpus* de ofício àqueles que não têm o foro de prerrogativa de função.

Por isso, acompanho o Relator.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE)
– Continuo convencido de que a competência do Supremo, no campo penal, é de direito estrito, conforme está na Carta da República e nada mais.

Estamos a lidar com competência absoluta, e o verso dessa medalha é a incompetência também absoluta. Não posso ir à matéria de fundo para, depois, voltar à questão alusiva à competência. Prefere, como previsto na legislação de regência no Regimento Interno, o exame da preliminar.

Normas processuais comuns, como são as alusivas à continência e à conexão probatória do Código de Processo Penal, não podem alterar as balizas definidoras da competência do Supremo, versadas na Constituição Federal, sob pena de o documento básico deixar de ser rígido, passando a flexível. Não estamos, por ora, a cogitar da possibilidade de implementar, presente até mesmo o artigo 580 do Código de Processo Penal, uma ordem de ofício.

Por isso, concluo pelo desmembramento dos autos do inquérito. Que aqueles acusados que não gozam da prerrogativa – se é que há prerrogativa – de serem julgados pelo Supremo sejam beneficiários da atuação do juiz natural, consagrado pela Carta da República, no caso de primeira instância.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Como disse, Senhor Presidente, subscrevo os fundamentos do eminente Relator, que deixou muito claro, no exame dos autos, que o procedimento administrativo, ou seja, do ponto de vista formal, foi cabalmente observado. Sequer em jogo a notória especialização do escritório de advocacia, cuja *expertise*, em momento algum, quanto ao tema saneamento e todas as implicações administrativas de contrato dessa natureza, pudesse ser exigida. O ponto a que se apegava o Ministério Público diz com a natureza singular do serviço prestado, que a exigência para levar à inexigibilidade da licitação não estaria atendida.

Com o devido respeito, faço a mesma avaliação do eminente Relator, entendo que um contrato de mais de trinta anos, envolvendo água e saneamento do Município de Joinville, tem, com relação a outros municípios, manifestado resistência muito forte à rescisão de contratos dessa natureza – disse-se ainda da tribuna que, na verdade, a arrecadação é mui-

to grande e esta em função do porte do Município de Joinville, levaria a que se pudesse atender esse tipo de prestação de serviços em municípios já *deficitários*.

Todas essas singularidades, situações, a responsabilidade dos administradores, os efeitos para o Município, parece-me, traduzem uma cautela em uma contratação que, de fato, se fazia, e pelo menos assumia essa conotação singular, a meu juízo, na avaliação e a partir do que ouvi do eminente Relator, a quem acompanho o voto na íntegra.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, em primeiro lugar, corroborando o que já se disse aqui, só gostaria de acrescentar dois pontos.

Num primeiro momento, concordar com esse posicionamento do eminente Relator Ministro Roberto Barroso, porque a garantia fundamental da duração razoável dos processos também se aplica ao réu, que tem o direito de se ver livre de uma acusação no prazo mais razoável possível. Então, se é possível agora rejeitar a denúncia por essa ausência de justa causa, deve-se fazê-lo imediatamente.

O segundo aspecto é que, em regra, a contratação do advogado se dá em *intuitu personae*, ou seja, pelas qualidades do advogado. Então, isso já, em princípio, retira o dolo da conduta.

Na nossa jurisprudência, inclusive desde o acórdão do Ministro Pertence citado aqui, há sempre essa preocupação de que o prefeito, não tendo formação jurídica, baseando-se em pareceres técnicos, ele, se contrata, o faz ciente de que está trilhando o melhor caminho. E o Relator aqui, efetivamente, demonstrou que foi a melhor opção, de acordo com a grandiosidade da causa, repercussão financeira, complexidade e outras características.

Por fim, faço uma pequena análise da prova, porque, segundo uma das denunciantes, haveria um procurador que já teria lavrado inclusive uma petição sobre essa rescisão desse contrato. Acontece que esse procurador não confirmou, sob contraditório, essa suposta versão das denunciantes.

Por todos esses fundamentos, ratificando os que foram sustentados pelo Ministro-Relator Luís Roberto Barroso e pela Ministra Rosa Weber, eu também acompanho o eminente Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, eu cumprimento a objetividade do Relator e subscrevo tudo quanto foi dito aqui, não sem dizer que estamos diante de um verdadeiro abuso da faculdade de se denunciar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE)

– Defronto-me com uma dualidade, considerado o patrocínio técnico.

Trata-se – e existem mais de 5.500 municípios no País – de um grande município de Santa Catarina, contando com Procuradoria estruturada. Surgiu questão alusiva à retomada dos serviços de fornecimento de água e saneamento básico, e – pelo menos foi o que deparei da manifestação da Procuradoria-Geral da República –, já havendo trabalho empreendido no âmbito da Procuradoria – e a questão era de Direito Administrativo –, deliberou-se contratar certo escritório de advocacia.

Não desconheço que a Lei nº 8.666/1993, mais especificamente o preceito que versa a dispensa da licitação, o do artigo 25, remete ao artigo 13 contido nessa mesma lei, e que, no inciso V, tem-se como serviço passível de haver a dispensa o “patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas”.

Como ressaltei, esse dispositivo há de ser tomado de forma teleo-

lógica, e não posso, no contexto já aludido, desconhecer que, no âmbito da própria Prefeitura, tinha-se corpo jurídico remunerado pelos munícipes, pelas contribuições do munícipes, e que esse corpo jurídico – há de se presumir – estava à altura de conduzir a defesa do Município na retomada dos serviços de fornecimento de água e saneamento básico.

Reconheço que, quando se faz em jogo conflito de interesses a envolver servidores do próprio ente, deve-se, tanto quanto possível, principalmente se os interesses forem dos procuradores, contratar o patrocínio externo. Na situação concreta, em que – repito – há a sinalização de que a Procuradoria já tinha preparado, inclusive, inicial para a propositura da ação, não vejo, de início, absurdo na oferta da denúncia por parte do Ministério Público.

Por isso, peço vênia à maioria já formada para receber a denúncia.

EXTRATO DE ATA

Inquérito n. 3.074

Procedência: Santa Catarina

Relator: Min. Roberto Barroso

Autor: Ministério Público Federal

Procurador: Procurador-Geral da República

Investigado: Henrique Chiste Neto

Investigado: Naum Alves de Santana

Investigado: Luiz Cláudio Gubert

Advogados: Marcelo Harger e outro(s)

Investigado: Marco Antônio Tebaldi

Advogados: Carlos Aduino Virmond Vieira e outro(s)

Investigada: Vanessa Tafla

Advogado: Miguel Pereira Neto

Advogado: Victor Daher

Decisão: Retirado de pauta por indicação do Relator. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 05.06.2014.

Decisão: Preliminarmente, a Turma, em questão de ordem, rejeitou a proposta formulada pelo *Senhor Ministro Marco Aurélio* no sentido do desmembramento dos autos do inquérito. Na sequência, por maioria de votos, rejeitou a denúncia, nos termos do voto do relator, vencido o *Senhor Ministro Marco Aurélio*, Presidente. Falaram: o Dr. Carlos Adauto Virmond Vieira, pelo investigado Marco Antônio Tebaldi; o Dr. Marcelo Harger, pelos investigados Henrique Chiste Neto, Naum Alves de Santana e Luiz Cláudio Gubert; e o Dr. Miguel Pereira Neto, pela investigada Vanessa Tafla. Primeira Turma, 26.8.2014.

Presidência do *Senhor Ministro Marco Aurélio*. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Secretária da Primeira Turma

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

Recurso Extraordinário n. 355.856, de Santa Catarina

Relator: Ministro Marco Aurélio

Redator do Acórdão: Ministro Roberto Barroso

Recorrente: Márcia Raquel Ritter Kirst

Advogado: Leonardo Pacheco de Souza

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procurador: Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ATO DE PRESIDENTE DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AFASTAMENTO DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. INGRESSO APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. AFASTAMENTO QUE PRESCINDE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES.

1. A discussão acerca da legitimidade ou não do Presidente de Tribunal de Justiça para afastar serventuário cartorário se insere no âmbito infraconstitucional.
2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que é imprescindível prévia aprovação em concurso público para o ingresso na atividade notarial e de registro após a promulgação da Constituição Federal de 1988.
3. Dispositivos da Constituição do Estado de Santa Catarina que mantenham serventuários no cargo sem aprovação em concurso público foram declarados inconstitucionais por esta Corte (ADIs 363 e 1.573), de modo que o afastamento do cargo prescinde da instauração de prévio procedimento administrativo.
4. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, redator para o acórdão, vencidos o Ministro Marco Aurélio, Relator, e a Ministra Rosa Weber.

Brasília, 06 de maio de 2014.

Ministro Luís Roberto Barroso, Redator para o Acórdão

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Duas são as matérias veiculadas no recurso extraordinário. A primeira concerne à inobservância do devido processo legal, no que, por ato do Presidente do Tribunal de Justiça, desfez-se delegação relativa à titularidade de cartório. Sustenta-se a existência de certa situação jurídica que somente poderia ser afastada, nos termos de precedentes desta Corte, ouvida a parte interessada e, portanto, respeitado o contraditório. A segunda causa de pedir de reforma do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça está ligada à competência para implementar e desfazer a delegação. Afirma-se não a ter o Presidente do Tribunal de Justiça, cabendo ao Executivo os atos próprios quer à delegação, quer ao afastamento desta. Aponta-se a infringência à Carta da República, mais precisamente ao artigo 2º, aos incisos LIV e LV do artigo 5º e ao artigo 236, cabeça e § 1º. Requer-se seja concedida a segurança para se anular o ato que declarou vago o cargo ocupado pela recorrente.

Ao processo vieram as contra-razões de folha 296 a 309, arguindo-se a desnecessidade do contraditório, de vez que esta Corte, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 363-1/SC, declarou inconstitucional o artigo 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição estadual, no que dispôs ficar assegurado ao substituto das serventias, na vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, estivessem em efetivo exercício pelo menos há três anos, na mesma serventia, na data em que promulgada a Carta estadual. Assevera-se competir à Administração Pública a anulação dos próprios atos, independentemente de instauração prévia de processo administrativo ou judicial. Quanto à competência para efetivar-se a delegação ou desfazê-la, aponta-se a necessidade de se atentar para a origem do ato primeiro.

A Procuradoria Geral da República emitiu o parecer de folha 304 a 306, pelo não-conhecimento do recurso. Eis a síntese da peça:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVENTIAS JUDICIAIS. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA *EX TUNC* E *ERGA OMNES*. PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

É o relatório.

VOTO

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* (RELATOR) – Na interposição deste recurso, foram atendidos os pressupostos gerais de recorribilidade. Os documentos de folhas 19, 229 e 293 evidenciam a regularidade da representação processual e do preparo. Quanto à oportunidade, o acórdão atinente aos embargos de declaração foi veiculado no

Diário de 14 de agosto de 2000, segunda-feira (folha 254), vindo à balha a manifestação do inconformismo em 24 imediato, quinta-feira (folha 276), no prazo assinado em lei.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que o processo que motivou a interposição deste recurso extraordinário mostrou-se subjetivo, diversamente daquele aludido em contra-razões e no parecer, mediante o qual esta Corte declarou a inconstitucionalidade do artigo 14 do Ato das Disposições Transitórias da Carta de Santa Catarina. Realmente, o pronunciamento ganhou eficácia retroativa, irradiando-se, mas não a ponto de, por si mesmo, afastar do cenário jurídico situações em curso, situações constituídas. No caso, a titularidade do cartório foi suprimida sem que se tivesse aberto oportunidade à então detentora de se manifestar, de exercer, procedente ou não, o direito de defesa. Valho-me do que asseverado quando apreciei o tema no julgamento do Recurso Extraordinário nº 158.543-9/RS:

(...) ao determinar o processamento do extraordinário, assim deixei consignado:

Quanto à matéria de fundo, há de se ter presente a ênfase dada pela Constituição de 1988 aos direitos dos cidadãos, especialmente quando em questão a atuação do Estado. É flagrante a diferença de garantias constitucionais, considerado os preceitos da Constituição anterior aplicável à hipótese – par. 15 do artigo 153 da Carta de 1969 e da atual, inciso LV do artigo 5º. No primeiro, a abrangência da norma ficou restrita aos acusados. Já no segundo, fez-se referência aos litigantes e, em passo seguinte, foram mencionados também os acusados. Como não se pode atribuir ao legislador, especialmente ao constitucional, a inserção, em texto de lei, de vocábulos inúteis, sem o significado vernacular que lhe é próprio,

exsurge, ao menos ao primeiro exame, que a garantia do contraditório e da ampla defesa não mais está limitada, nos processos administrativos e judiciais, aos acusados, alcançando nos três campos – administrativo, civil e penal – os litigantes em geral.

A matéria há de merecer a reflexão dos integrantes de Colegiado do Supremo Tribunal Federal em face à modificação ocorrida. A esta altura, verifica-se, até mesmo, um certo paradoxo: aos Agravantes não foi proporcionada, na fase administrativa, a ampla defesa, e, impetrado o mandado de segurança, opuseram-lhes, como circunstância a obstaculizar a via eleita, a necessidade de comprovação de fatos. Tivesse sido observado o contraditório e a ampla defesa quando do processo administrativo – e custo a crer na existência de tal processo quando tudo se faz de forma unilateral – certamente nos autos do mandado de segurança estariam as provas dos fatos atinentes à controvérsia, porque é de se presumir que os Impetrantes ou a autoridade apontada como coatora providenciariam a juntada do processo administrativo que as contivesse.

Voltando ao quadro fático constante do acórdão prolatado pela Corte de origem, vê-se que a Administração Pública praticou ato cogitando dos parâmetros da integração de certa parcela aos proventos da aposentadoria dos Recorrentes. A seguir, tornou insubsistentes tais atos, reportando-se a determinados processos. Tomou-se o ato anterior como ilegal. Cumpre, então, perquirir se, na espécie, fez-se indispensável, ou não, a observância do princípio insculpido no inciso LV do rol das garantias constitucionais. Nele alude-se aos litigantes e aos processos judicial e administrativo, mencionando-se, após o direito ao contraditório, a ampla defesa com os meios e recursos a esta inerentes. O vocábulo “litigante” há de ser compreendido em sentido lato, ou seja, a envolver interesses contrapostos. Destarte, não tem o sentido processual de parte, a pressupor uma demanda. Este enfoque decorre da circunstância de estar ligado também aos processos administrativos. No caso dos autos, os Recorren-

tes lograram a integração de certa parcela aos proventos da aposentadoria, observado certo índice. Relativamente a este ato, ocorreu a presunção de legitimidade que é própria aos praticados pela Administração, ou seja, deve se presumir a formalização nos moldes preconizados pela ordem jurídica, cobrando-se dos agentes públicos a atuação responsável. A presunção de legitimidade dos atos administrativos milita não só em favor da pessoa jurídica de direito público, como também do cidadão que se mostre, de alguma forma por ele alcançado. Logo, o desfazimento, ainda que sob o ângulo da anulação, deveria ter ocorrido em cumprimento irrestrito ao que se entende como devido processo legal (*lato sensu*) a que o inciso LV do artigo 5º objetiva preservar. O que não transparece razoável é entender-se que o segundo ato praticado, por também contar com a presunção de legitimidade, estaria a revelar como impróprio o contraditório, dispensada, assim, a participação, no processo administrativo, dos interessados. O contraditório e a ampla defesa assegurados constitucionalmente não estão restritos apenas àqueles processos de natureza administrativa que se mostrem próprios ao campo disciplinar. O dispositivo constitucional não contempla a especificidade assentada pela Corte de origem. Conforme fiz ver anteriormente, o prejuízo saltou aos olhos quando a Corte de origem, após tomar como dispensável o contraditório na fase administrativa, assentou que os Recorrentes não lograram fazer de plano, no mandado de segurança, a prova necessária à conclusão sobre a existência de direito líquido e certo.

Por tais razões, conheço o recurso interposto pela transgressão ao inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal e o provejo para, reformando o acórdão proferido, fulminar o ato administrativo praticado, ficando ressalvada ao Estado a renovação do procedimento com observância ao mandamento constitucional. Este provimento implica, portanto, a concessão parcial da segurança.

É o meu voto.

Relativamente à prática do ato que implicou a declaração de vacância da serventia, há de se observar a autoria daquele que o antecedeu, ou seja, do que resultou na designação. A recorrente chegou à titularidade do cartório mediante ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Em se concluindo pela insubsistência do ato, somente ele poderia desfazê-lo, não cabendo potencializar a referência, no artigo 236 da Constituição Federal, à delegação do Poder Público, nem o veto ocorrido ao artigo 2º da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que dispunha competir ao Poder Judiciário operar a delegação. Em síntese, a controvérsia tem solução, considerada a origem do ato primeiro, ou seja, a da delegação. O desfazimento deve ser implementado pela mesma autoridade.

Conheço e provejo o extraordinário para conceder a segurança, declarando a nulidade do ato impugnado, com as consequências próprias.

VOTO-VISTA

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ATO DE PRESIDENTE DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AFASTAMENTO DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. INGRESSO APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. AFASTAMENTO QUE PRESCINDE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES.

1. A discussão acerca da legitimidade ou não do Presidente de Tribunal de Justiça para afastar serventuário cartorário se insere no âmbito infraconstitucional.
2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que é imprescindível prévia aprovação em concurso público para o ingresso na atividade notarial e de registro após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

3. Dispositivos da Constituição do Estado de Santa Catarina que mantinham serventuários no cargo sem aprovação em concurso público foram declarados inconstitucionais por esta Corte (ADIs 363 e 1.573), de modo que o afastamento do cargo prescinde da instauração de prévio procedimento administrativo.
4. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, por unanimidade, negou seguimento ao recurso da ora recorrente, mantendo o ato administrativo que a desconstituiu do cargo de serventuário de cartório.

2. Relator do feito, Ministro Marco Aurélio, votou no sentido de conhecer o recurso extraordinário e lhe dar provimento. Seguindo a votação, pediu vista o Ministro Ayres Britto, a quem sucedi neste Egrégio Tribunal, daí o presente voto-vista.

3. Da leitura dos autos, anota-se que a parte recorrente foi efetivada, em 06.06.1990, *sem prévia aprovação em concurso público*, no cargo de Escrivã da Escrivania de Paz de Ipira, comarca de Capinzal/SC. Isso com base no art. 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Santa Catarina (dispositivo que assegurava, aos substitutos das serventias, a efetivação no cargo de titular, em caso de vacância).

4. Deu-se que, em 12.02.1998, o Presidente do Tribunal de origem decretou a nulidade do ato que efetivou a recorrente na titularidade da serventia.

5. A parte recorrente impetrou mandado de segurança e, na sequência, diante das decisões desfavoráveis no Tribunal de origem e no Superior Tribunal de Justiça, apresentou o recurso extraordinário sob exame.

6. O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega, em síntese, que: (i) foram violados os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal (ante a inobservância do devido processo legal e da ampla defesa, na declaração de nulidade do ato praticado pela própria Administração Pública); (ii) a declaração de inconstitucionalidade do art. 14 do ADCT da Constituição estadual não poderia gerar a nulidade automática dos atos fundamentados naquele dispositivo, sob pena de ofensa à segurança jurídica; e (iii) ocorreu, no caso, vício de competência, uma vez que o Presidente do Tribunal catarinense não poderia anular o ato de delegação.

7. Ressalta-se que a parte recorrente interpôs ação cautelar, com o objetivo de suspender a eficácia de edital de concurso público que visava ao preenchimento do cargo objeto da presente controvérsia. O relator, Ministro Marco Aurélio, deferiu a medida acauteladora.

8. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do recurso. Ao fazê-lo, sustentou a necessidade de observância da exigência constitucional do concurso público, tendo em conta, em especial, os efeitos *ex tunc* e *erga omnes* operados nos julgamentos das ADIs 363/SC e 1.573/SC, julgadas sob a relatoria do Ministro Sydney Sanches.

9. O Ministro Marco Aurélio votou pelo provimento do recurso extraordinário, por entender violadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Isso porque “a titularidade do cartório foi suprimida sem que se tivesse aberto oportunidade à então detentora de se manifestar, de exercer, procedente ou não, o direito de defesa”.

10. Feitos esses registros, passo ao exame do recurso.

11. De início, analiso a questão da legitimidade do Presidente do Tribunal catarinense para desfazer o ato impugnado. Nota-se que o acórdão recorrido, ao solucionar o ponto específico, interpretou a Lei nº 8.935/1994, alcançando o seguinte entendimento (fls. 237):

(...)

Assim, especificamente na hipótese versada nestes autos, nem mesmo o advento da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, retirou a competência da autoridade que efetivou a impetrante, pois, a meu ver, se ao Senhor Governador de Estado, genericamente, após o advento dessa lei, cabe nomear e demitir, à autoridade que praticou o ato viciado, impõe-se o poder-dever de anulá-lo.

A superveniência da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, na ADIn 363-1, desse artigo, e o advento da Lei nº 8935/94, não retira, na hipótese específica, competência da autoridade que praticou o ato para anulá-lo, considerando tratar-se de mera desconstituição e não ato regular de demissão antecedido do devido processo legal, este, no caso, dispensável, para o qual passou a ter competência exclusiva o Governador do Estado.

(...)

12. Observa-se que, para concluir pela incompetência, ou não, da autoridade responsável pela anulação do ato viciado que, no caso, foi o próprio Presidente do Tribunal de Justiça local, seria necessário interpretar a lei ordinária que dispôs sobre a matéria (Lei nº 8.935/1994). E esse proceder não pode ser adotado nesta esfera recursal extraordinária, porque a ofensa à Constituição Federal, se existente, ocorreria de forma indireta. A própria parte recorrente faz menção expressa à necessidade de interpretação daquele diploma legal, procurando demonstrar a ilegitimidade do agente responsável pelo ato aqui discutido. É o que se lê às fls. 291.

13. Quanto à questão de fundo, ressalto que há precedentes de ambas as Turmas da Corte consignando a natureza infraconstitucional do debate acerca da aplicação dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal em hipóteses análogas, que discutiam justamente a aplicação das decisões proferidas na ADI 363 e na ADI 1.573, em casos concretos. Confirmam-se, entre outros, da Primeira Turma: o AI

809.950-AgR/SC, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, e o AI 769.553-AgR/SC, Rel. Min. Dias Toffoli; da Segunda Turma: o AI 693.928-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, e o AI 839.777-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, de cujo voto extraio a seguinte passagem:

(...)

Cabe assinalar, finalmente, no que se refere à matéria concernente à competência do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina para a prática do ato de nulidade da efetivação do servidor na titularidade do cartório, bem como a alegação de vulneração do contraditório e da ampla defesa, que a suposta ofensa ao texto constitucional, acaso existente, apresentar-se-ia por via reflexa, eis que a sua constatação reclamaria – para que se configurasse – a formulação de juízo prévio de legalidade, fundado na vulneração e infringência de dispositivos de ordem meramente legal. Não se tratando de conflito direto e frontal com o texto da Constituição, como exigido pela jurisprudência da Corte (RTJ 120/912, Rel. Min. Sydney Sanches – RTJ 132/455, Rel. Min. Celso De Mello), torna-se inviável o trânsito do recurso extraordinário.

14. Embora considere defensável a tese de se tratar de questão infraconstitucional, todavia, conheço do mérito para reafirmar, em sede de recurso extraordinário, a jurisprudência que prevaleceu no Plenário.

15. No mérito, tenho como ausente a plausibilidade jurídica do pedido, uma vez o Supremo Tribunal Federal tem assentado que, em regra, a invalidação de ato administrativo pela própria Administração (vale dizer, o exercício do poder de autotutela) não prescinde de procedimento que assegure ao particular a oportunidade de defender a legitimidade do ato. Em palavras outras: no entender desta Corte, a presunção de legitimidade dos atos administrativos não pode ser afastada unilateralmente, diante da repercussão do ato no campo de interesses individuais do particular prejudicado (RE 594.296-RG, Rel. Min. Dias Toffoli).

16. Ocorre que, no particularizado caso em exame, o ato administrativo jamais se revestiu de presunção de legitimidade. É que a efetivação do requerente na titularidade da serventia se deu em 29.05.1991. Após, portanto, a promulgação da Constituição Federal, que, em sua redação originária, impôs o concurso público como único modo de ingresso na atividade notarial e de registro (art. 226, § 3º, da CF/88).

17. Não é só. O art. 14 do ADCT da Constituição do Estado de Santa Catarina (dispositivo que fundamentou a efetivação do requerente, repita-se) foi declarado inconstitucional por este Tribunal, no julgamento da ADI 363/SC, Rel. Min. Sydney Sanches.

18. Sobreveio, então, a Emenda nº 10 à Constituição estadual, que, a pretexto de dar cumprimento à decisão do Supremo Tribunal Federal, buscou resguardar as situações consolidadas até a data de sua promulgação (18.06.1996). Em palavras outras, a mencionada emenda objetivou retirar, da decisão proferida na ADI 363/SC, sua eficácia *ex tunc*.

19. Essa emenda, no entanto, também teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.573/SC, julgado sob a relatoria do ministro Sydney Sanches. Confira-se trecho da ementa do referido julgado:

DIREITO CONSTITUCIONAL. SERVENTIAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS: EFETIVAÇÃO DE SUBSTITUTOS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 14 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. RECLAMAÇÃO.

1. O art. 14 do ADCT da Constituição do Estado de Santa Catarina, em sua redação original, estabelecia: “Fica assegurado aos substitutos das serventias, na vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, estejam em efetivo exercício, pelo prazo de três anos”.

2. Esse dispositivo, por votação unânime do Plenário do Supremo Tribunal Federal, foi declarado inconstitucional na ADI nº 363 (DJ 03.05.96, Emen-

tário nº 1.826-01), “por violar o princípio que exige concurso público de provas ou de provas e títulos, para a investidura em cargo público, como é o caso do Titular de serventias judiciais” (art. 37, II, da Constituição Federal), e também para o ingresso na atividade notarial e de registro (art. 236, § 3º).

3. A pretexto de dar cumprimento a essa decisão do S.T.F., que, por ser declaratória e com eficácia *erga omnes*, independia de execução, a Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, em data de 18.06.1996, promulgou a Emenda nº 10 à Constituição Estadual, com este Artigo único: “Artigo único - Respeitadas as situações consolidadas, fica suspensa a execução do artigo 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Santa Catarina”.

4. Com isso, o que fez a Assembléia Legislativa foi conferir eficácia ao art. 14 do ADCT, em sua redação original, ao menos para amparar as “situações consolidadas” até 18.06.1996, data de sua promulgação.

5. Vale dizer, pretendeu retirar do acórdão do S.T.F., que declarara a inconstitucionalidade do art. 14 do ADCT, em sua redação original, sua eficácia *extunc*, para só admiti-la a partir de 18.06.1996.

(...)

8. Ação Direta julgada procedente para a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 10, de 18.06.1996, do Estado de Santa Catarina.

9. Decisão unânime.

20. Nesse contexto, não verifico violação aos postulados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, de modo que, ante as particularidades do caso em exame, a anulação do ato que efetivou o autor na titularidade da serventia prescindia da instauração prévia de processo administrativo.

21. Conclui-se, assim, que os atos administrativos cujo fundamento único de validade tenha sido norma afinal declarada inconstitucional, no controle abstrato, também pela via administrativa podem ser retirados

do mundo jurídico. O resultado seria diferente se esse mesmo ato administrativo tivesse por suporte um outro fundamento que não aquele especificamente declarado inconstitucional. Fundamento suficiente por si mesmo para manter a decisão administrativa impugnada. Mas não é isto o que se dá no caso ora em debate, pois o ato que autorizou a delegação da serventia teve um único amparo legal, qual seja, um texto normativo que foi definitivamente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

22. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido da necessidade de prévia aprovação em concurso público para o ingresso no cargo de serventuário de cartório após a promulgação da Constituição Federal de 1988, daí a inexistência de qualquer direito adquirido da parte recorrente em permanecer no referido cargo. Nesse sentido, veja-se a ementa do MS 28.279/DF, julgado sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie, reafirmada recentemente pelo Plenário desta Corte:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. INGRESSO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. ARTIGO 236, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMA AUTO-APLICÁVEL. DECADÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 54 DA LEI 9.784/1999. INAPLICABILIDADE A SITUAÇÕES INCONSTITUCIONAIS. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS REPUBLICANOS DA IGUALDADE, DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE. SUBSTITUTO EFETIVADO COMO TITULAR DE SERVENTIA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 236, § 3º, da Constituição Federal é norma autoaplicável.
2. Nos termos da Constituição Federal, sempre se fez necessária a submissão a concurso público para o devido provimento de serventias extrajudiciais eventualmente vagas ou para fins de remoção.
3. Rejeição da tese de que somente com a edição da Lei 8.935/1994 teria essa norma constitucional se tornado autoaplicável.

4. Existência de jurisprudência antiga e pacífica do Supremo Tribunal Federal no sentido da indispensabilidade de concurso público nesses casos (Ações Diretas de Inconstitucionalidade 126/RO, rel. Min. Octavio Gallotti, Plenário, DJ 05.6.1992; 363/DF, 552/RJ e 690/GO, rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ 03.5.1996 e 25.8.1995; 417/ES, rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ 05.5.1998; 3.978/SC, rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJe 29.10.2009).

5. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal.

6. Existência de jurisprudência consolidada da Suprema Corte no sentido de que não há direito adquirido à efetivação de substituto no cargo vago de titular de serventia, com base no art. 208 da Constituição pretérita, na redação atribuída pela Emenda Constitucional 22/1983, quando a vacância da serventia se der já na vigência da Constituição de 1988 (Recursos Extraordinários 182.641/SP, rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 15.3.1996; 191.794/RS, rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 06.3.1998; 252.313-AgR/SP, rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 02.6.2006; 302.739-AgR/RS, rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 26.4.2002; 335.286/SC, rel. Min. Carlos Britto, DJ 15.6.2004; 378.347/MG, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 29.4.2005; 383.408-AgR/MG, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 19.12.2003; 413.082-AgR/SP, rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 05.5.2006; e 566.314/GO, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19.12.2007; Agravo de Instrumento 654.228-AgR/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 18.4.2008).

7. Reafirmada a inexistência de direito adquirido de substituto que preencha os requisitos do art. 208 da Carta pretérita à investidura na titularidade de Cartório, quando a vaga tenha surgido após a promulgação da Constituição de 1988, pois esta, no seu art. 236, § 3º, exige expressamente a realização de concurso público de provas e títulos para o ingresso na atividade notarial e de registro.

8. Os princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade devem nortear a ascensão às funções públicas.

9. Segurança denegada.

23. Veja-se, ainda, o recente julgamento do MS 26.860-AgR, Rel. do Min. Luiz Fux, oportunidade em que o Plenário, em sua composição atual, reafirmou o entendimento apontado.

24. Especificamente sobre o ingresso no cargo de serventuários, sem prévia aprovação em concurso público, nos cartórios do Estado de Santa Catarina, confirmam-se os seguintes precedentes:

DIREITO CONSTITUCIONAL. SUBSTITUIÇÃO DO TITULAR DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. VACÂNCIA APÓS A VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. DIREITO ADQUIRIDO A SER EFETIVADO NO CARGO DE TITULAR. NÃO OCORRÊNCIA. IMPRESCINDIBILIDADE DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. ADI 363 E 1.573/SC. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 08.10.2009.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que o substituto do titular de serventia extrajudicial não tem direito adquirido a ser efetivado no cargo de titular na hipótese de ter ocorrido a vacância após a vigência da Constituição da República de 1998, que exige a realização de concurso público para o ingresso na atividade notarial e de registro. Agravo regimental conhecido e não provido (ARE 724.200-AgR/SC, Primeira Turma, Rel.^a Min.^a Rosa Weber).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. EFETIVAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR COISA JULGADA E LITISPEN-DÊNCIA. FUNDAMENTOS RECURSAIS DISSOCIADOS. DEFICI-ÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. TRÂNSITO EM JULGADO DOS FUNDAMENTOS INFRACONSTITUCIONAIS SUFICIENTES PARA MANTER O ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚ-MULA 283/STF. VIOLAÇÃO AO DIREITO ADQUIRIDO, À COISA JULGADA, AO ATO JURÍDICO PERFEITO E AO DEVIDO PROCES-SO LEGAL. OFENSA CONSTITUCIONAL MERAMENTE REFLEXA. OBRIGATORIEDADE DO CONCURSO PÚBLICO. PRECEDENTES.

AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (ARE 727.207-AgR/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. OFENSA REFLEXA. PRESCRIÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO. OFENSA REFLEXA. SERVENTUÁRIA DA JUSTIÇA. OFICIAL DE REGISTRO. CONCURSO PÚBLICO. NECESSIDADE. PRECEDENTES.

1. A afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República.

2. A questão relativa à incidência da prescrição está restrita à interpretação da legislação infraconstitucional pertinente e ao exame das provas dos autos, operações vedadas em sede de recurso extraordinário. Incidência das Súmulas nºs 279 e 636 desta Corte.

3. Inviabilidade de efetivação em cargo de oficial de registro de serventia notarial, depois da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, sem a realização de concurso público. Agravo regimental não provido (AI 769.553-AgR/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli).

25. Diante dessas razões, com as vênias do eminente Ministro Marco Aurélio, Relator, nego provimento ao recurso extraordinário.

EXTRATO DE ATA

Recurso Extraordinário n. 355.856

Procedência: Santa Catarina

Relator: Ministro Marco Aurélio

Redator do Acórdão: Ministro Roberto Barroso

Recorrente: Márcia Raquel Ritter Kirst

Advogado: Leonardo Pacheco de Souza

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procurador: Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, conhecendo do recurso extraordinário e lhe dando provimento, pediu vista dos autos o Ministro Carlos Britto. 1ª Turma, 22.02.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Ministro Carlos Britto, de acordo com o art. 1º. § 1º., *in fine*, da Resolução n. 278/2003. 1ª. Turma, 29.03.2005.

Decisão: Adiado o julgamento, por indicação do Ministro Carlos Britto. 1a. Turma, 12.04.2005.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Senhor Ministro Roberto Barroso, redator do acórdão, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio, Presidente e Relator, e Rosa Weber. Primeira Turma, 6.5.2014.

Presidência do *Senhor Ministro Marco Aurélio*. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma

Recurso Extraordinário n. 573.232, de Santa Catarina

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

Redator do Acórdão: Ministro Marco Aurélio

Recorrente: União

Advogado: Advogado-Geral da União

Recorridos: Fabrício Nunes e outro(a/s)

Advogados: André Mello Filho e outro(a/s)

REPRESENTAÇÃO. ASSOCIADOS. ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE.

O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados.

TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. ASSOCIAÇÃO. BENEFICIÁRIOS.

As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em conhecer parcialmente do recurso extraordinário e, nessa parte, por maioria, em dar-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, Vice-Presidente, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 14 de maio de 2014.

Ministro Marco Aurélio, Redator do Acórdão

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski:

Trata-se de recurso extraordinário interposto pela União contra acórdão do Tribunal Federal da 4ª Região, que decidiu que as associações e sindicatos, na qualidade substitutos processuais, têm legitimidade para ajuizar ações, de qualquer natureza, inclusive mandamentais, visando à defesa de direitos de seus filiados, sem que seja necessária a autorização expressa ou procuração individual destes.

O referido Tribunal, no aresto contestado, deu provimento a recurso de membros do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, decidindo, ainda, que eles poderiam executar, individualmente, direito assegurado em ação proposta pela Associação Catarinense do Ministério Público – ACMP.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. INCLUSÃO NO POLO ATIVO DA DEMANDA. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO PARA AJUIZAR AÇÃO.

É pacífico o entendimento nesta Egrégia Corte no sentido de que os sindicatos e associações, na qualidade de substitutos processuais, estão legitimados para ajuizar ações, não apenas mandamentais, visando à defesa dos direitos de seus filiados independentemente de autorização de cada um deles ou em assembléia. Precedente do STJ (fl. 252).

A União opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados em decisão assim ementada:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE OMISSÃO,

CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE.

1. Não há omissão, contradição ou obscuridade se o julgado decidiu clara e expressamente sobre a questão suscitada no recurso.

2. A tarefa do Juiz é dizer, de forma fundamentada, qual a legislação que incide no caso concreto. Não cabe pretender a “jurisdição ao avesso”, pedindo ao Juízo que diga as normas legais que não se aplicam ao caso sub judice. Declinada a legislação que se entendeu aplicável, é essa que terá sido contrariada, caso aplicada em situação fática que não se lhe subsume (fl. 262).

Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alega a recorrente ofensa aos arts. 5º, XXI e XXXVI, e 8º, III, da mesma Carta Política.

Sustenta, em suma, a impossibilidade de execução de título judicial por aqueles que não tenham, na data da propositura da ação de conhecimento, autorizado, explicitamente, a associação a ajuizar a demanda, nos termos do art. 5º, XXI, da CF.

Alega, mais, que

(...) pela leitura da petição inicial do processo de conhecimento, referida ação foi ajuizada em regime de REPRESENTAÇÃO, sendo referido, inclusive, expressamente, que a legitimidade da associação estava configurada pelo motivo de que foram juntadas autorizações específicas, “outorgadas por cada um dos associados atuantes na prestação de serviço à Justiça Eleitoral” (fl. 273).

Afirma, desse modo, que

(...) até pela incidência do princípio da congruência (ou da correlação), só aqueles que foram representados, aqueles que autorizaram a ação, estão contemplados no título executivo.

Assim, a decisão que permite que outras pessoas executem o título fere os artigos 467 e 472, bem como o art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, tendo em vista que esta questão já está expressamente decidida no processo de conhecimento, ferindo, portanto, a garantia da coisa julgada (fl. 273).

Em 15/5/2008, o Tribunal, por maioria de votos, reconheceu a existência de repercussão geral, em acórdão cuja ementa tem o seguinte teor:

CONSTITUCIONAL. ASSOCIAÇÃO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS ASSOCIADOS. ART. 5º, XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Questão relevante do ponto de vista jurídico.

A Procuradoria-Geral da República, instada a manifestar-se, opinou pelo desprovimento do RE, em parecer ementado conforme segue:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE DE ASSOCIAÇÃO PARA AJUIZAR AÇÃO EM BENEFÍCIO DOS FILIADOS. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA. ART. 5º, XXI, DA CF. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE.

1. Os arts. 5º, XXXVI, e 8º, III, da CF não foram objeto de debate e decisão pelo acórdão recorrido. Ausência de Prequestionamento. Incide a Súmula 282-STF.

2. A Suprema Corte, em reiterados precedentes, pacificou o entendimento de que as organizações de classe – associações e sindicatos – detêm legitimidade ativa para representar seus filiados em juízo ou fora dele, independentemente de autorização expressa.

3. Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário (fl. 294).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator):

Inicialmente assento que o apelo extraordinário não merece ser conhecido quanto ao art. 5º, XXXVI e ao art. 8º, III, da Constituição Federal, na esteira do parecer do MPF, uma vez que tais dispositivos não foram objeto de discussão no acórdão recorrido.

Ademais, os embargos declaratórios não foram opostos com a finalidade de suprir essa omissão, o que torna inviável o recurso, neste aspecto, a teor das Súmulas 282 e 356 desta Corte.

Recordo que, na origem, foi ajuizada ação ordinária pela Associação do Ministério Público Catarinense – ACMP, em que postulava, em prol de seus associados, a incidência e os pagamentos reflexos do percentual correspondente a 11,98% sobre a gratificação eleitoral, retroativamente a março de 1994, calculada sobre os vencimentos dos juizes federais, mas reduzida por força de sua conversão em URVs.

O pedido foi considerado improcedente em primeira instância. Entretanto, a sentença foi reformada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que deu provimento a recurso interposto pela Associação, adotando o voto da Relatora Taís Shilling Ferraz, exarado nos seguintes termos:

(...) dou provimento à apelação, para julgar procedente o pedido inicial, e assegurar a adequação da gratificação eleitoral, auferida pelos substituídos, por força da modificação da fórmula de conversão dos vencimentos dos juizes federais, no Plano Real, mediante aplicação da fórmula de 11,98%, na forma da fundamentação (fl. 50).

No momento da execução do acórdão, todavia, os recorridos tiveram a sua inicial indeferida pelo juízo monocrático, em decisão interlocutória, sob o argumento a seguir transcrito:

Os efeitos do acórdão (...) alcançam apenas os associados que tenham, na data da propositura da ação de conhecimento (...) autorizado expressamente à ACMP o ajuizamento daquela demanda, não abarcando todos os filiados, indistintamente, como interpreta o procurador dos credores... (fl. 06).

Conforme assentei acima, em sede de agravo de instrumento, o TRF da 4ª Região deu provimento ao recurso dos recorridos, ao fundamento de que eles têm legitimidade para propor, individualmente, a execução de direito assegurado em ação proposta pela Associação Catarinense do Ministério Público, na qualidade de associados desta.

A questão que se discute neste RE, pois, diz respeito, basicamente, ao alcance da expressão “quando expressamente autorizados”, constante do inc. XXI do art. 5º da Carta Política e às suas consequências processuais.

Eis o teor do dispositivo em comento (grifos meus)

Art. 5º (...)

XXI - as entidades associativas, *quando expressamente autorizadas*, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

A recorrente, como assinaléi, sustenta, com base na decisão monocrática reformada pela Corte *a quo*, que os efeitos do acórdão executado somente alcançam aqueles que tinham, na data de propositura da ação de conhecimento, autorizado, de forma expressa, a associação a ajuizar a demanda, nos estritos termos do art. 5º, XXI, da CF.

Ocorre que a Constituição não especifica como se dá a autorização prevista no mencionado preceito. Daí a controvérsia. A questão discutida nestes autos, registro, não é nova nesta Casa. Por ocasião do julgamento da AO 152/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, em 15/9/1999, o Plenário do Supremo Tribunal Federal acolheu os argumentos do Min. Sepúlveda Pertence, decidindo que, para a propositura de ação de natureza coletiva, basta a autorização colhida em assembléia geral, conforme se observa do trecho de seu voto, abaixo transcrito (grifos no original):

Em síntese: no caso presente, como em outras hipóteses que tais, estou em que a legitimação da entidade por força de deliberação da assembléia geral resulta, de um lado, de compreender-se o seu objeto nas finalidades estatutárias da associação, somado, em relação a cada um deles, ao ato voluntário de filiação do associado, que envolve a adesão aos respectivos estatutos.

À ocasião o Min. Aurélio assentou:

(...) concludo que, como lancei no precedente da Segunda Turma, a autorização formalizada de forma genérica é válida para a associação defender, judicial ou extrajudicialmente, os interesses – repito – dos filiados, como está no inciso XXI do art. 5º.

E vou mais adiante, Senhor Presidente, *não há, no preceito, qualquer expressão que limite essa representação ao processo de conhecimento*, à ação, em si, dita de conhecimento. Logo, pode haver, e assim admito a validade constitucional, autorização para a associação provocar a liquidação do título executivo judicial e, também, ingressar com a execução forçada, que é uma ação autônoma.

E arrematou o Min. Sydney Sanches:

As entidades associativas *recebem autorização dos estatutos ou da assembleia-geral. Não é possível exigir-se autorização de cada um*, individualmente, porque, nesse caso, a própria finalidade da associação se esvaziaria.

Celso Ribeiro Bastos, nessa linha, sustenta que, de acordo com a Constituição, “essa autorização pode advir tanto da lei, nos casos excepcionais em que se admite a associação por via de lei, quanto dos próprios estatutos sociais” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 123-124).

Entendo igualmente que a Carta Magna não faz qualquer alusão à forma como se dará a autorização dos filiados, mas apenas consigna que esta deverá ser expressa.

Ora, a locução “quando expressamente autorizados”, a meu ver, significa, simplesmente, “quando existir manifesta anuência”, o que acontece quando a autorização advém do estatuto da associação para que ele ajuíze ações de interesse de seus membros ou de deliberação tomada por eles em assembleia geral.

Esse é, também, o entendimento de José Afonso da Silva, segundo o qual a Constituição previu hipóteses de “representação coletiva de interesses coletivos ou mesmo individuais integrados numa coletividade”, aduzindo que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas [certamente em seus estatutos], têm legitimidade para representar seus filiados em juízo ou fora dele (art. 5º, XXI (...))” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 261, grifos do autor).

A Constituição, como se vê, em nenhum momento exigiu que se colha uma autorização individual dos filiados para cada ação a ser ajuizada pelas associações, pois isso esvaziaria a importante atribuição que

o constituinte originário cometeu a tais entidades, isto é, a de defender o interesse de seus membros.

Tal múnus conferido às associações, de resto, insere-se nos quadros da democracia participativa adotada pela Carta de 1988, de forma complementar à democracia representativa tradicionalmente praticada no País.

Sobre esse tema, em particular, assentei em sede acadêmica que:

(...) a participação popular atualmente não ocorre mais apenas a partir do indivíduo, do cidadão isolado, ente privilegiado e até endeusado pelas instituições político-jurídicas do liberalismo. O final do século XX e o século XXI certamente entrarão para a História como épocas em que o indivíduo se eclipsa, surgindo em seu lugar as associações, protegidas constitucionalmente, que se multiplicam nas chamadas “organizações não-governamentais” (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 100, 2005).

O acórdão recorrido, ao analisar os efeitos do título judicial executado, concluiu que o pedido formulado pela Associação Catarinense do Ministério Público não se limita aos filiados que, expressamente, autorizaram o ajuizamento da demanda, mas abrange todos os membros da associação.

Transcrevo excerto da decisão:

Compulsando os autos verifico que o acórdão exequendo (...) deu provimento a apelação da ACMP para assegurar que aos substituídos da associação o direito postulado (...). Outrossim, o pedido formulado na exordial não limita o postulado aos filiados que expressamente autorizaram o ajuizamento da demanda (...).

Embora a ACMP tenha juntado autorizações individuais dos associados, seu estatuto no art. 3º, I, prevê autorização geral para a associação promover a defesa judicial e extrajudicial dos interesses coletivos e difusos de seus associados e pensionistas (fl. 140).

E há mais: na inicial, a associação, invoca sua “qualidade de substituta dos Membros do Ministério Público que atuaram no período de 1994 a 1999 como promotores eleitorais em Santa Catarina”, baseando-se para tanto, não apenas na autorização prevista em seu estatuto, mas também no disposto no art. 5º, XXI, da CF (fls. 203/204).

De fato, como ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Embora o texto constitucional fale em representação, a hipótese é de legitimação das associações para a tutela de direitos individuais de seus associados, configurando *verdadeira substituição processual* (CPC, art. 6º) (Barbosa Moreira, RP 61/190). A autorização pode estar prevista em lei, nos estatutos, ser dada pelos associados individualmente ou ocorrer em assembléia. (...) Em qualquer das hipóteses, pode a associação, em nome próprio, defender em Juízo o direito de seu associado (Celso Bastos. Coment. 2º, 113) (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 19, grifos meus).

Acrescentam, ainda, que as associações estão legitimadas para o ajuizamento dos seguintes feitos:

a) ação civil pública na defesa de direitos difusos e coletivos (LACP 5.º); b) ação coletiva para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (CDC 81 par. ún. e 82 IV; ECA 210 III); c) mandado de segurança coletivo (CF 5º, LXX, b); d) *ações individuais na defesa dos direitos individuais de seus associados* (CF 5º, XXI) (Op. cit., p. 269, grifos meus).

O aresto guerreado está, portanto, em consonância com a doutrina e a jurisprudência desta Corte que, por diversas vezes, após o julgamento da AO 152/RS, decidiu que a autorização prevista no art. 5º, XXI, da CF, não pressupõe a outorga de procuração de cada um dos associados à associação para ingressar em juízo, visto que esta tanto pode constar do estatuto social, quanto decorrer de deliberação dos associados em assembléia.

Ademais, assentou que qualquer filiado pode promover a execução da sentença, desde que sua pretensão esteja compreendida no âmbito da eficácia subjetiva do título judicial.

Nesse sentido, menciono os seguintes precedentes (grifos meus):

CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO PEDIDO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA. A ENTIDADE DE CLASSE, QUANDO POSTULA EM JUÍZO DIREITOS DE SEUS FILIADOS, AGE COMO REPRESENTANTE PROCESSUAL. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DE ASSEMBLÉIA GERAL. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA ÀS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADIs 1.721 E 1.770. INEXISTÊNCIA. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. A associação atua em Juízo, na defesa de direito de seus filiados, como representante processual. Para fazê-lo, necessita de autorização expressa (inciso XXI do art. 5º da CF). Na AO 152, o Supremo Tribunal Federal definiu que essa autorização bem pode ser conferida pela assembléia geral da entidade, não se exigindo procuração de cada um dos filiados. 2. O caso dos autos retrata associação que pretende atuar em Juízo, na defesa de alegado direito de seus filiados. Atuação fundada tão-somente em autorização constante de estatuto. Essa pretendida atuação é inviável, pois o STF, nesses casos, exige, além de autorização genérica do estatuto da entidade, uma autorização específica, dada pela Assembléia Geral dos filiados. 3. Quanto ao mérito, na ADI 1.770, o STF decidiu que é inconstitucional o § 1º do art. 453 da CLT, que trata de readmissão de empregado público aposentado por empresa estatal. Já na ADI 1.721 o STF declarou inconstitucional o § 2º

do art. 453 da CLT, que impõe automática ruptura do vínculo de empregado aposentado por tempo de contribuição proporcional. 4. A recorrente pretende representar filiados que não são empregados de empresas estatais. Ademais, não houve demonstração de que esses filiados se aposentaram por tempo de contribuição proporcional. 5. Há, no caso concreto, ilegitimidade da associação recorrente para postular em nome dos seus filiados. Não há, de outro lado, identidade entre o conteúdo dos atos reclamados e o das decisões nas ADIs 1.721 e 1.770. 6. Agravo regimental desprovido (Rcl 5.215-AgrR/SP, Rel. Min. Carlos Britto).

MANDADO DE SEGURANÇA. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA ABAF. DESNECESSIDADE DE PROCURAÇÃO DOS ASSOCIADOS SE HÁ AUTORIZAÇÃO EXPRESSA PARA REPRESENTÁ-LOS. PRECEDENTES.

1. *As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar judicial ou extrajudicialmente seus associados, sem necessidade de instrumento de mandato* (CF, artigo 5º, XXI). 2. Os poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias de que as CPIs são constitucionalmente investidas (CF, artigo 58, § 3º) não são absolutos. Imprescindível a fundamentação dos atos que ordenam a quebra dos sigilos bancários, fiscais e telefônicos, visto que, assim como os atos judiciais são nulos se não fundamentados, assim também os das comissões parlamentares de inquérito. Precedentes. 3. A legitimidade da medida excepcional deve apoiar-se em fato concreto e causa provável, e não em meras conjecturas e generalidades insuficientes para ensejar a ruptura da intimidade das pessoas (CF, artigo 5º, X). Segurança concedida (MS 23.879/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Recurso extraordinário: descabimento: preclusão do fundamento infraconstitucional – limites subjetivos da coisa julgada – suficiente à manutenção do acórdão recorrido : incidência, *mutatis mutandis*, do princípio da Súmula 283. 2. Substituição processual: assente a jurisprudência do STF no sentido de que não se exige, em caso de substituição processual, a autorização expressa a que se refere o artigo 5º, XXI, da CF/88 (v.g. RE 193.382, Plenário, 28.08.1998, DJ 20.9.1996). No caso, *não exigível a autorização expressa para a propositura da ação, não há que se fazer a exigência para*

a respectiva execução de sentença, bastando que a pretensão do exequente se compreenda no âmbito da eficácia subjetiva do título judicial executado (RE 437.047-AgR/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Esse é também o entendimento de Celso Agrícola Barbi, o qual, embora referindo-se ao mandado de segurança coletivo, assenta que todos os associados que se encontrem na situação descrita na inicial são beneficiários da decisão judicial, pouco importando, inclusive, que tenham ingressado na associação antes ou depois de ajuizado o *writ* (BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 281).

Em suma, a autorização prevista no art. 5º, XXI, da Constituição Federal, de fato, deve ser expressa, podendo, todavia, materializar-se por meio de decisão assemblear ou mediante previsão estatutária, sob pena de reduzir-se o relevante papel institucional conferido pelo Carta de 1988 às associações.

Assinalo, por fim, que o ajuizamento de ações de interesse de seus filiados por parte das associações traz como consectário lógico que cada um deles – na espécie, cada membro da Associação Catarinense do Ministério Público – possa executar a decisão que lhe foi favorável, mesmo que não a tenha autorizado, individualmente, a ingressar em juízo.

Isso posto, conheço parcialmente do recurso, negando-lhe provimento na parte conhecida.

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – Presidente, se puder utilizar a palavra, já que foi citado precedente da minha lavra, faço-o para distinguir dois institutos: o da representação e o da substituição processual.

É inconcebível que haja uma associação que, pelo estatuto, não atue em defesa dos filiados. É inconcebível.

O que nos vem da Constituição Federal? Um trato diversificado, considerado sindicato, na impetração coletiva, quando realmente figura como substituto processual, inconfundível com a entidade embrionária do sindicato, a associação, que também substitui os integrantes da categoria profissional ou da categoria econômica, e as associações propriamente ditas.

Em relação a essas, o legislador foi explícito ao exigir mais do que a previsão de defesa dos interesses dos filiados no estatuto, ao exigir que tenham – e isso pode decorrer de deliberação em assembleia – autorização expressa, que diria específica, para representar – e não substituir, propriamente dito – os integrantes da categoria profissional.

Digo que o caso é péssimo para elucidar essa dualidade. Por quê? Porque, conforme consta do acórdão do Tribunal Regional Federal, a ação de conhecimento foi ajuizada pela Associação Catarinense do Ministério Público. E o que fez, atenta ao que previsto no inciso XXI do artigo 5º da Constituição Federal? Juntou a relação dos que seriam beneficiários do direito questionado. Juntou, também – viabilizando, portanto, a defesa pela parte contrária, a parte ré –, a autorização para atuar. Prevê o estatuto autorização geral para a associação promover a defesa, claro, porque qualquer associação geralmente tem no estatuto essa previsão. Mas, repito, exige mais a Constituição Federal: que haja o credenciamento específico.

Pois bem. Veio à balha incidente na execução, provocado em si – pelo menos considero o cabeçalho do acórdão do Tribunal Regional Federal – pela associação que atuara representando os interesses daqueles mencionados, segundo as autorizações individuais anexadas ao processo? Não, por terceiros, que seriam integrantes do Ministério Público, mas que não tinham autorizado a propositura da ação.

Indago: formado o título executivo judicial, como o foi, a partir da integração na relação processual da associação, a partir da relação apresentada por essa quanto aos beneficiários, a partir da autorização explícita de alguns associados, é possível posteriormente ter-se – e aqui penso que os recorridos pegaram carona nesse título – a integração de outros beneficiários?

A resposta para mim é negativa. Primeiro, Presidente, porque, quando a Associação, atendendo ao disposto na Carta, juntou as autorizações individuais, viabilizou a defesa da União quanto àqueles que seriam beneficiários da parcela e limitou, até mesmo, a representação que desaguou, julgada a lide, no título executivo judicial.

Na fase subsequente de realização desse título, não se pode incluir quem não autorizou inicialmente a Associação a agir e quem também não foi indicado como beneficiário, sob pena de, em relação a esses, não ter sido implementada pela ré, a União, a defesa respectiva.

Creio, e por isso disse que a situação sequer é favorável a elucidar-se a diferença entre representação e substituição processual, a esclarecer o alcance do preceito do inciso XXI do artigo 5º, que trata da necessidade de a associação apresentar autorização expressa para agir em Juízo, em nome dos associados, e o do preceito que versa o mandado de segurança coletivo e revela o sindicato como substituto processual. Nesse último caso, a legitimação já decorre da própria Carta – representação gênero – e também da previsão do artigo 8º, do qual não me valho. Estou-me valendo apenas daquele referente às associações.

Presidente, não vejo como se possa, na fase que é de realização do título executivo judicial, alterar esse título, para incluir pessoas que não foram inicialmente apontadas como beneficiárias na inicial da ação de conhecimento e que não autorizaram a Associação a atuar como exigido no artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal.

Por isso, peço vênia – e já adianto o voto – para conhecer e prover o recurso interposto pela União.

Os recorridos não figuraram como representados no processo de conhecimento. Pelo que estou percebendo, e pelo que está grafado no acórdão impugnado pela União, apenas pretenderam, já que a Associação logrou êxito quanto àqueles representados, tomar uma verdadeira carona, incompatível com a organicidade e a instrumentalidade do Direito.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Sr. Presidente, permita-me um esclarecimento. A ação foi ajuizada antes de o Supremo ter definido, com muita clareza, que a autorização a que se refere a Constituição é aquela que consta ou dos estatutos da associação ou de uma autorização que é colhida em assembleia geral.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – Isso para os sindicatos, não é, Ministro Lewandowski? Os precedentes que nós temos são referentes todos a sindicatos, não a associações.

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – Aí é que está o problema. Não sei sequer se esses recorridos são associados.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Aí, então, como não havia definição ainda com relação a esse tema, aqui, no Supremo Tribunal Federal, a recorrida em contrarrazões esclarece que, ad cautelam, apesar de a Associação ter invocado expressamente que estava autorizada em seus estatutos, resolveu juntar algumas autorizações de seus filiados.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – Não houve assembleia, não houve nada?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Não, havia e há nos autos uma disposição expressa muito clara.

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – A autorização genérica não tem valia maior, porque a Carta exige que seja expressa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Sim, de representar os seus membros em juízo.

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – Sim, Ministro, porque todo estatuto, até para angariar associados, contém a notícia de que haverá a defesa.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – Sim, mas o Tribunal, já anteriormente, com relação a sindicatos, reconheceu...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Eu queria, por favor, continuar o esclarecimento.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – O Tribunal reconheceu que era possível uma autorização meramente assemblear.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Meramente estatutária.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – Não, meramente assemblear. Se não me falha a memória.

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – Nesse caso concreto, foram autorizações individuais.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Não, aqui, não. Pelos precedentes que eu acabei de ler existem várias manifestações, inclusive do Ministro Velloso, que acabei de ler, no sentido de que tanto faz seja a autorização assemblear como haja previsão estatutária. Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Fe-

deral em vários acórdãos.

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – Mas, Ministro, então relegamos à inocuidade a exigência constitucional de autorização expressa.

O *SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO* – Mas esse expressão não precisa ser do próprio punho do servidor, pode ser de assembleia geral.

O *SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR)* – Eu queria apenas continuar.

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – Pode ser em assembleia, mas que o seja. O que não posso é potencializar o estatuto, quando todo e qualquer prevê que a representação pela associação – evidentemente existe para defender os interesses dos associados – e concluir que se tem a autorização expressa exigida pela Carta da República. Se o fizer, estarei colocando as associações, em que pese ao tratamento diferenciado da Lei Maior, no mesmo patamar dos sindicatos, no que autorizados, constitucionalmente, a impetrar mandado de segurança.

O *SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR)* – Eu queria só terminar, por favor, os meus esclarecimentos, que são no seguinte sentido: a associação na inicial invoca “a qualidade substituta dos membros do Ministério Público que atuaram no período de 1994 a 1999 como promotores eleitorais em Santa Catarina”.

Então, o acórdão, a decisão judicial reconheceu o direito de todos aqueles que se encontravam naquela situação. Ela invocou não apenas a autorização prevista em seu estatuto como também fez menção ao artigo 5º, XXI da Constituição Federal. E mais, como eu tive oportunidade de dizer aos eminentes pares, a doutrina evoluiu um pouquinho relativamente à distinção rígida que se faz entre representação e a substituição processual.

Trago à colação, como já fiz, antes, um trecho de um estudo de um dos mais eminentes processualistas brasileiros que é o professor Nelson Nery Júnior e sua digna esposa Rosa Maria de Andrade Nery. Quer dizer, essa distinção que o Ministro Marco Aurélio corretamente faz, e que sempre se fez, é atenuada nesse caso. Dizem esses dois eminentes processualistas: embora o texto constitucional fale em representação a hipótese é de legitimação das associações para tutela de direitos individuais dos seus associados, configurando – até grifei aqui – verdadeira substituição processual, ou seja, não obstante a Constituição fale em representação. Na verdade, o que ocorre é uma representação processual, e diz ele: em harmonia com que o Supremo tem decidido a autorização pode estar prevista em lei quando são aquelas associações ou entidades criadas por lei nos estatutos ou ser dada pelos associados individualmente ocorrer em assembleia. Em qualquer das hipóteses pode a associação em nome próprio defender em juízo o direito de seus associados.

Trago, aqui, à colação, como disse, mas só para enfatizar, novamente, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, em memorável voto, diz o seguinte: no caso – quer dizer, era um caso semelhante –, não exigível autorização expressa para propositura da ação não há que se fazer exigência para respectiva execução de sentença, bastando que a pretensão do exequente se compreenda no âmbito de eficácia subjetiva do título judicial executado. Ou seja, todos aqueles promotores que se encontravam no período de 94 a 99 atuando como promotores eleitorais de Santa Catarina têm um título judicial, que a meu ver, pode ser executado expressamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ainda que não sejam associados.

Agora há um detalhe. Permitam-me apenas expor, quanto à dualidade. Na substituição processual, tem-se legitimação concorrente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: ...concorrente e extraordinária.

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – Do titular do direito substancial e do substituto que, pela Carta da República, no mandado de segurança coletivo, é o sindicato. O que houve na espécie? A associação ajuizou ação, delimitou o quadro de beneficiários, apresentou as autorizações individuais desses associados, viu o pedido ser julgado. Houve o provimento da apelação para julgar procedente o pleito tal como delimitado na inicial, tendo em conta aqueles beneficiários. É o que está no acórdão: “(...) deu provimento à apelação da ACMP para assegurar aos substituídos da associação o direito postulado”. Postulado tal como se contém na inicial.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Mas Vossa Excelência admitiria que os associados que estivessem nessa situação pudessem executar o título?

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – Presidente, se entendermos que as associações se igualam aos sindicatos, atribuiremos ao Legislador constituinte a inserção não apenas de palavras, mas de preceitos inócuos na Constituição Federal. Partiremos para igualar o que previsto no inciso XXI do artigo 5º com o que se contém no inciso LXX. Aqui, sim, tem-se o abandono da exigência da representação retratada numa autorização expressa, no que se previu:

Art. 5º (...)

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

(...)

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano (...).

Mas para essa ação específica, mandamental. Não ação ordinária de cobrança, como tivemos, e que desaguou no título executivo que se quer estender a quem não foi mencionado na inicial como beneficiário, ou seja, em relação...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Mas que é associado.

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – Não sei se são, não pesquisei. Também não assevero que não sejam associados, mas para mim isso não é importante.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Essa distinção é importante.

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – Ou seja, surpreendendo a ré. A ré foi condenada segundo o pedido formulado. O pedido se mostrou específico, ante as autorizações individuais, quanto a certos promotores. Aqueles que não autorizaram a associação por isso ou por aquilo...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – A ré se defende da tese e não do número de autores.

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – Aqueles que não são associados e que, agora, viram o êxito do pleito, podem simplesmente pretender executar um título judicial inexistente em relação a eles, sob o ângulo subjetivo? A meu ver não, Presidente.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Ministro Relator, o caso dos autos, segundo li no acórdão, segundo ouvi da leitura, é de substituídos processuais e não de representados processuais.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – A Associação invoca inclusive essa natureza, essa qualidade.

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – Ministro, há uma impropriedade, porque não coabita o mesmo teto a representação e a substituição, isso sob o ângulo técnico.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Sim, eu ouvi. Trata de substituição. Já se fala de categoria, quer dizer, de uma base numérica maior do que a base dos filiados, porque a categoria é mais expressiva numericamente do que os filiados.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O Relator, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, destacou, em seu voto, que a Associação Catarinense do Ministério Público “promoveu a ação, na qualidade de substituto processual, de modo que os substituídos possuem o direito à execução do título judicial decorrente do acórdão com trânsito em julgado”.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – A base numérica é muito maior: categoria.

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – Perdoe-me Vossa Excelência. É uma impropriedade porque, a teor do inciso LXX do artigo 5º, a associação só é substituta processual para o mandado de segurança coletivo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Mas aí, no inciso LXX, penso que não é nem substituição, é apresentação. O próprio sindicato requer sem precisar de... É legitimação direta no inciso LXX.

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – Sim. A legitimação concorrente a que me referi. Claro que os titulares do direito substancial não ficam tolhidos. Agora, entender-se, primeiro, que uma associação pode atuar a partir apenas do estatuto, da previsão genérica de defesa dos associados, sem juntar o que exigido pelo inciso XXI do artigo 5º – a autorização expressa, está no preceito –, que pode inclusive atuar fora dos limites societários, é passo demasiadamente largo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Mas ninguém está afirmando isso. Eu não afirmei isso, Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Mas é que os limites societários, no caso da substituição.

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – E no caso concreto? No caso concreto, a relação processual se formou de forma exaustiva – no tocante aos contidos em relação e respectiva autorização. Terceiros pretendem, na execução do título que decorreu desse pedido – como disse – pegar uma verdadeira carona no sucesso judicial alheio.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Membros da associação.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Os beneficiários da ação já eram filiados antes da propositura da ação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Sim, só que não ingressaram. Como eu esclareci – aliás, como a recorrida consignou nas contrarrazões –, era um momento de penumbra, um momento cinzento em que o Supremo Tribunal e a doutrina não tinham assentado essa tese com tanta clareza. Por isso, ad cautelam, eles ingressaram com autorizações, mas a associação invocou o permissivo constitucional e a sua condição de substituta processual.

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – Como ressaltou a ministra Ellen Gracie, os precedentes se referem a sindicatos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – Agora, é claro, e aí todos aqueles que eram associados e estavam abrangidos pelo título ingressaram depois com a execução, ainda que não tenham, por alguma razão, anexado uma autorização específica, até porque alguns talvez não tivessem sido encontrados, por estarem

no interior de Santa Catarina. Isso é muito comum na vida associativa, todo mundo conhece isso. Nós temos que tomar muito cuidado para não cortarmos essa possibilidade de uma associação ingressar em juízo em benefício de seus associados, parte deles ou a totalidade deles. Isso é extremamente comum em certas categorias profissionais que nós conhecemos inclusive da magistratura.

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – Presidente, o Direito, principalmente o instrumental, é avesso a atalhos.

VISTA

O *SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA* – Senhor Presidente, nós tivemos aqui uma longa discussão sobre essa questão há cerca de cinco anos por ocasião do julgamento do RE 210.029 que dizia respeito aos sindicatos. Eu fui designado redator para o acórdão. Elaborei o acórdão, mas esse acórdão ainda está pendente de julgamento de embargos de declaração até hoje. Eu acho que talvez seria oportuno fazermos um exame conjunto dessas questões por ocasião do julgamento desses embargos.

Por isso, peço vista dos autos.

EXTRATO DE ATA

Recurso Extraordinário n. 573.232

Procedência: Santa Catarina

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

Redator do Acórdão: Ministro Marco Aurélio

Recorrente: União

Advogado: Advogado-Geral da União

Recorridos: Fabrício Nunes e outro(a/s)

Advogados: André Mello Filho e outro(a/s)

Decisão: Depois do voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), conhecendo em parte do recurso extraordinário e, nessa parte, negando-lhe provimento, e do voto do *Senhor Ministro Marco Aurélio*, conhecendo em parte do recurso e, nessa parte, dando-lhe provimento, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausentes, porque em representação do Tribunal no exterior, os Senhores Ministros Gilmar Mendes (Presidente) e Cezar Peluso (Vice-Presidente). Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello (art. 37, I, RI). Plenário, 25.11.2009.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello (art. 37, I, RI). Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Dias Toffoli.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira.

p/ Luiz Tomimatsu

Secretário

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA:

Trata-se de recurso extraordinário interposto pela União (fls. 67/274), contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em julgamento de Agravo de Instrumento, que substituiu decisão do Juízo da 1ª Vara Federal de Florianópolis, que excluía os litisconsortes Gilberto Polli, Fabrício Nunes, Hélio José Fiamonchi, Heloísa Cres-

centi Abdala Freire, Henrique Limongi e Hercília Regina Lemke do polo ativo de ação de execução de título judicial (fl. 39/40).

O magistrado de primeiro grau entendeu que o título objeto de execução foi formado em ação coletiva ajuizada pela Associação Catarinense do Ministério Público – ACMP, mediante a autorização individual de alguns de seus membros (fls. 180/201), para condenação da União ao pagamento do percentual de 11,98% sobre a gratificação eleitoral por eles recebida a contar de março de 1994. Em razão da ausência de subscrição – pelos litisconsortes excluídos – da autorização para propositura da demanda condenatória, entendeu-se que eles não seriam beneficiados pela coisa julgada formada. Isso porque a legitimidade ativa da associação não se amoldaria ao disposto pelo art. 8º, III, da Constituição Federal de 1988, que veicula regra específica para substituição processual pelos sindicatos.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento do Agravo de Instrumento interposto, deixou assente que o art. 3º (*rectius* 2º, fl. 140), I, do Estatuto da Associação Catarinense do Ministério Público – ACMP, confere-lhe autorização geral para promoção da defesa judicial e extrajudicial dos interesses coletivos e difusos de seus associados e pensionistas, o que faria com que a associação agisse como substituta processual. Afirmou-se que a referência à autorização para que as associações representassem seus filiados judicial ou extrajudicialmente no art. 5º, XXI, da Constituição Federal de 1988, exigiria apenas que a defesa desses interesses constasse entre as finalidades da entidade ou que houvesse autorização de cada um de seus membros (fls. 251/252).

A União opôs embargos de declaração (fls. 254/257), que tiveram seu provimento negado no acórdão de fls. 260/262, ocasião em que se destacou que os arts. 5º, XXI, e 8º, III, da Constituição Federal de 1988, não incidem na hipótese.

A União interpôs recurso extraordinário alegando ofensa aos arts. 5º, XXI, XXXVI e 8º III. O recurso foi admitido na origem (fl. 276). Houve o reconhecimento da existência de repercussão geral do tema veiculado no recurso extraordinário (fl. 287).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se no sentido do não conhecimento do extraordinário no que tange à alegada violação aos arts. 5º, XXXVI, e 8º, III, da Constituição Federal de 1988. Quanto ao mérito, entendeu pela negativa de provimento, porque “as organizações de classe – associações e sindicatos – detêm legitimidade ativa para representar seus filiados em juízo ou fora dele, independentemente de autorização expressa, quando atuem na qualidade de substitutos processuais” (fl. 296).

Iniciado o julgamento, o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, deixou de conhecer o recurso quanto aos arts. 5º, XXXVI, e 8º, III, da Constituição Federal de 1988, que não embasaram o acórdão atacado e tampouco foram objeto de exame nos embargos declaratórios interpostos (enunciados ns. 282 e 356, da súmula da jurisprudência desta Corte). Quanto à alegação de violação ao art. 5º, XXI, da Constituição Federal, aduziu que este Tribunal, no julgamento da AO 152/RS, acolheu a fundamentação expendida no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, para decidir que bastaria a autorização colhida em assembleia geral para que a associação ajuizasse ação coletiva. Acrescentou que a autorização expressa, prevista pelo aludido art. 5º, XXI, pode advir de cláusula estatutária que lhe dê poder para propor ação de interesse de seus membros, ou de deliberação por eles tomada em assembleia geral. Concluiu, assim, que “qualquer filiado pode promover a execução da sentença, desde que sua pretensão esteja compreendida no âmbito de eficácia subjetiva do título judicial”, de sorte que “o ajuizamento de ações de interesse de seus filiados por parte das associações traz como consectário lógico que cada um deles – na espécie, cada membro da Associação Catarinense do Ministé-

rio Público – possa executar a decisão que lhe foi favorável, mesmo que não a tenha autorizado, individualmente, a ingressar em juízo”. Concluiu, então, por conhecer parcialmente do recurso extraordinário, negando-lhe provimento na parte conhecida.

Na mesma assentada, o Ministro Marco Aurélio iniciou divergência, ao apontar que os textos dos arts. 5º, XXI, e 8º, III, da Constituição Federal de 1988, são distintos e, por conseguinte, deles são extraídas normas próprias para disciplina da ação ajuizada pela associação e daquela proposta por sindicato. Na última hipótese, reclama-se “mais do que a previsão de defesa dos interesses dos filiados no estatuto, ao exigir que elas tenham – e isso pode decorrer de uma deliberação em assembleia – autorização expressa, que eu diria específica, para representar – e não substituir, propriamente dito – os integrantes da categoria profissional”. À luz dessa diferenciação, votou por conhecer e negar provimento do recurso interposto pela União, uma vez que os recorridos não autorizaram o ajuizamento da ação de conhecimento, na qual se formou o título judicial que ora pretendem executar.

Para melhor análise, pedi vista dos autos.

É o breve relatório.

O art. 5º, XXI, da Constituição Federal de 1988, dispõe que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”. A inclusão do termo “representar” e a atuação condicionada à “expressa autorização” diferenciam o enunciado do art. 5º, XXI, de outros dispositivos constitucionais relacionados ao processo coletivo, destacando-se, a propósito, as regras veiculadas pelo art. 5º, LXX, ‘b’, e pelo art. 8º, III, o qual trata de forma específica a legitimidade ativa dos sindicatos para a “defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”, sem que haja alusão à “representação” ou à “expressa autorização”.

A diferente redação dos dispositivos constitucionais mencionados não impediu que parte da doutrina identificasse a figura da substituição processual, igualmente, nos arts. 5º, XXI, e 8º, III, (cf. Hugo Nigro Mazzilli. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 282), atribuindo-se, ao constituinte, um “cochilo técnico”, ante a criticada inserção do verbo “representar” na disciplina genérica da legitimidade das associações (cf. José Carlos Barbosa Moreira. “Ações coletivas na Constituição Federal de 1988” *in* A ação civil pública após 25 anos. Edis Milaré (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 366).

Os contornos próprios do processo coletivo consubstanciaram, para alguns juristas, a criação de figura que se estremava dos conceitos correntes de legitimidade ordinária e extraordinária, correlacionando-a a uma “legitimidade especial” (Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier. “Anotações sobre as ações coletivas no Brasil – presente e futuro” *in* Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência de professor José Maria Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto. Araken de Assis, Carlos Alberto Molinaro, Luiz Manoel Gomes Júnior, Mariângela Guerreiro Milhoranza. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 614), ou a uma legitimação autônoma (Ada Pellegrini Grinover. “Direito processual coletivo” *in* Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Eduardo Ferreira Jordão, Fredie Souza Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 33).

Entretanto, considero que a controvérsia doutrinária a respeito dos conceitos de substituição e representação, para conformação da legitimidade das associações no processo coletivo, não deve ser feita a par da disciplina processual vigente e das consequências advindas dessa opção. No magistério de Cândido Rangel Dinamarco (Instituições de direito processual civil. Vol. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 119-120):

Representante não é parte. Regras de direito material e processual impõem que, em diversas situações, os interesses de uma pessoa sejam geridos ou defendidos por outra. Assim são todas as pessoas jurídicas porque, consistindo numa abstração, não têm existência física e sempre atuam pela mão do agente que a lei ou o estatuto indicar (CPC, art. 12); assim também, os incapazes em geral, que, por serem impedidos de administrar sua pessoa e bens, ou somente os bens, são necessariamente representados pelos pais, tutor ou curador (em caso de incapacidade relativa os pais os assistem e não representam, mas da mesma forma não são partes – CC, arts. 3 e 4º; CPC, art. 8º). [...]

Substituto processual é parte. Em algumas situações, tidas por extraordinárias no sistema, a lei permite que uma pessoa particularmente ligada a certos interesses de outra venha a juízo em nome próprio para a defesa desses interesses (e o juízo dessa proximidade jurídica compete ao legislador, não ao juiz). Ordinariamente a legitimidade ativa para a causa (legitimidade ordinária) pertence apenas ao sujeito que seja titular da pretensão deduzida (CPC, art. 6º), mas o Código de Processo Civil abre caminho para essas legitimidades extraordinárias, em hipóteses específicas. O sujeito legitimado extraordinariamente para defender em juízo interesse alheio em nome próprio é substituto processual. Tanto quanto o representante, ele defende direito de outrem – mas a diferença está em que ele o faz em nome próprio, figurando na demanda como parte (autor) e não em nome de outrem [...]. Para alguns efeitos a doutrina atribuiu aos substituídos a qualidade de partes em sentido substancial, não passando de mera parte formal do processo.

As associações são pessoas jurídicas criadas pela união de pessoas, que se organizam para a consecução de fins não econômicos (art. 53, do Código Civil). A mobilização de interesses que as impulsionam permite que a defesa dessas reivindicações ocorra de forma concertada, a partir do engajamento de seus membros, gerando um conhecimento mais apurado das circunstâncias fáticas subjacentes aos conflitos e uma melhor reflexão sobre os fundamentos jurídicos que dão lastro às suas ações. Os interesses enfeixados pelas associações são múltiplos e, por vezes, os bens e direitos a serem protegidos e conservados pela intervenção delas

excedem ao âmbito restrito ao patrimônio jurídico de seus associados.

A conservação e a promoção do meio ambiente hígido, da moralidade administrativa, do patrimônio público, histórico e cultural aproveitam a todos os membros da coletividade, o que torna incindível o benefício obtido com sua proteção ou o prejuízo advindo de sua violação. Ao lado desses interesses tidos como difusos (art. 81, I, da Lei n. 8.078/90), identificam-se os direitos e interesses coletivos, que, não obstante sejam insuscetíveis de delimitação individualizada, estão radicados em uma “*relação jurídica base*” (art. 81, II, da Lei n. 8.078/90), comum a um grupo, categoria ou classe de pessoas. Em ambas as situações, a concepção clássica de processo, vertida no art. 6º, do Código de Processo Civil, não se ajusta com perfeição, porque centrada numa relação jurídica individualizada, instaurada para potencial obtenção de provimento jurisdicional em prol do sujeito titular do direito afirmado na petição inicial. Com efeito, a estrutura tradicional do processo não se amoldava a defesa de direitos e interesses que extrapolassem o patrimônio da parte autora (Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 49). A revisão desses parâmetros somava-se às discussões suscitadas pela emergência de novos direitos e pela preocupação da sociedade com novas questões desencadeadas pela industrialização e urbanização crescente, que tornavam mais extensa a repercussão dos danos, de origem pouco nítida e de difícil reparação, em cadeias de ações superpostas.

A insuficiência das categorias tradicionais do processo civil era denunciada, de igual forma, pelos direitos individuais homogêneos (art. 81, III, da Lei n. 8.078/90), concebidos ante a existência de danos passíveis de individualização, que se projetam do modo plural na sociedade. As dificuldades inerentes aos custos da demanda judicial e ao escasso reconhecimento dos cidadãos como sujeitos de direitos, aptos a ingressar em juízo, somavam-se à frequente constatação de que muitos desses conflitos

decorriam de relações jurídicas assimétricas, marcadas pela vulnerabilidade da parte lesada, sob o prisma fático, econômico e jurídico. A reinvidicação do acesso à justiça impeliu o legislador a buscar soluções coletivas para tais disputas, como instrumento para assegurar meios mais efetivos de pacificação social, que não eram encontrados mediante a cumulação subjetiva de ações, obtida na formação do litisconsórcio facultativo ativo.

A reunião desses distintos aspectos, sob a denominação processo coletivo, não elide as complexidades inerentes aos institutos por ela abrangidos. As diferentes características dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, observadas nos conflitos de direitos materiais subjacentes, congregam, respectivamente, aspectos de “*tutela de direitos coletivos*” e “*tutela coletiva de direitos*” (Teori Albino Zavascki. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 32), o que provoca consequências quando avaliadas questões *pertinentes à legitimidade ativa, aos efeitos da coisa julgada e ao cumprimento da sentença, o que desperta especial atenção no presente recurso extraordinário, em que discutida a possibilidade de associados, que não deram autorização expressa para ajuizamento de ação coletiva de conhecimento, valerem-se do título judicial para execução individual.*

Registro que as ações ajuizadas por associações para defesa de direitos e interesses difusos e coletivos não despertam a discussão ora posta, pois o caráter incindível do bem da vida pleiteado não comportaria cumprimento individualizado da condenação imposta e, por conseguinte, tal discussão seria despida de utilidade, especialmente porque a legislação processual já lhe deu solução consentânea (art. 16, da Lei n. 4.717/65; art. 15, da Lei n. 7.347/85; art. 100, da Lei n. 8.078/90). Em acréscimo ao exame da doutrina já apresentada, sublinho que a questão suscitada não é nova e já foi debatida por esta Corte em julgamento da AO 152/RS (Relator Min. Carlos Velloso, DJ 03.03.2000). Na ocasião, associação

de magistrados ajuizara ação, em face do Estado do Rio Grande do Sul, para que a parte ré fosse condenada a pagar diferenças de remuneração em atraso. Embora fosse constatada a existência de cláusula estatutária, que enunciava o poder outorgado à associação para representação dos interesses individuais e coletivos de seus associados, judicial e extrajudicialmente, o Relator, eminente Ministro Carlos Velloso, decidiu que a legitimação extraordinária da associação ficava restrita aos integrantes que houvessem subscrito as autorizações carreadas aos autos, por entender que “a disposição inscrita no citado inciso XXI do art. 5º, da C.F., exige autorização expressa de cada um dos associados”.

Entretanto, em voto perfilhado pela maioria, o Ministro Sepúlveda Pertence salientou que:

[...] Certo, enquanto a legitimação para o mandado de segurança coletivo foi outorgada em termos fortes de inequívoca substituição processual, a dispensar a manifestação da vontade dos substituídos – o mesmo ocorrendo, segundo penso, relativamente aos sindicatos, seja qual for a via que percorrer – a qualificação das demais entidades associativas, quando não se cuide de mandado de segurança coletivo, deu-se literalmente a título de representação, subordinada a autorização expressa.

Não chego a entender a diferença de tratamento, pois, no sistema pátrio de garantias contra a ação ilegal ou abusiva da Administração Pública, entre o mandado de segurança e outras vias processuais de tutela jurisdicional – que a lei não pode excluir (CF, art. 5º, XXXV) – a distinção é apenas de procedimento.

Não obstante – em respeito aos precedentes a que prestei adesão e sem prejuízo de eventual revisão do tema –, a manifesta diferença literal entre os incisos LXX e XXI da Declaração de Direitos me leva a admitir não bastar a previsão estatutária, para satisfazer à exigência de autorização expressa, contida no último.

Sua Excelência prosseguiu para aduzir que:

Não tenho dúvidas em que só o mandato de cada interessado possa, por exemplo, qualificar uma associação de fins puramente culturais ou recreativos – um grêmio literário ou um clube – a propor em nome de sócios uma ação de repetição indébito tributário.

Diferente, porém, é a espécie, onde uma associação de classe de magistrados, à qual os estatutos explicitamente conferem a destinação de representação em juízo dos seus filiados, propõe, cumprindo deliberação específica de sua assembleia geral, uma ação cujo objeto é a correção monetária da remuneração da categoria, paga com atraso.

Em síntese: no caso presente, como em outras hipóteses que tais, estou em que a legitimação da entidade por força de deliberação da assembleia geral resulta, de um lado, de compreender-se o seu objeto nas finalidades estatutárias da associação, somado, em relação a cada um deles, ao ato voluntário de filiação do associado, que envolve a adesão aos respectivos estatutos.

As conclusões do acórdão prolatado no julgamento da AO 152/RS foram reiteradas, por unanimidade de votos do Plenário desta Corte, em julgamento do AgR na Reclamação 5.215/SP (DJE 22.05.2009), sob a relatoria do Ministro Ayres Britto, cujo voto condutor deixou assente que o art. 5º, XXI, cuida de hipótese de representação processual, razão por que a autorização expressa lá mencionada exige, cumulativamente, “(a) cláusula estatutária de autorização” e “(b) manifestação autorizadora específica do órgão deliberativo máximo, que é a assembleia geral dos filiados”. Ademais, a legislação infraconstitucional, no que atine à autorização expressa, alinhasse à interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai da leitura do art. 2º-A, parágrafo único, da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001 (“Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição

inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal de seus associados e indicação dos respectivos endereços”).

O enunciado expresso do art. 5º, XXI, da Constituição Federal de 1988, e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria levam-me a concluir que o dispositivo trata de efetiva representação processual, a exigir que a previsão estatutária e a expressa autorização dada pelos seus integrantes em assembleia da associação sejam pressupostos processuais para aferição de sua capacidade para estar no processo em defesa de direitos individuais homogêneos de seus membros.

Entretanto, essa afirmação não acarreta a adesão às conclusões sufragadas pela divergência já iniciada.

De fato, o magistério da doutrina especializada considera insuficiente a transposição dos limites subjetivos da coisa julgada, tal como definidos pelo art. 472, do Código de Processo Civil, para o processo coletivo. A ressalva feita na segunda parte do referido dispositivo legal para as ações de estado e a eficácia da sentença condenatória penal no juízo cível eram exemplos extraídos da legislação para evidenciar a impossibilidade de circunscrever, de modo estrito, a repercussão da coisa julgada às partes do processo. Essas incongruências tornavam-se evidentes quando constatado que a relação jurídica de direito material, subjacente à demanda, tinha repercussão mais ampla do que o recorte dos fatos trazidos ao conhecimento do Juízo, cuja sentença projetava-se para além da esfera de interesses das pessoas formalmente convocadas para participar do processo.

As discussões travadas sobre a extensão dos conceitos de parte e interessado são ora retomadas para explicitar que, tratando-se de direitos difusos e coletivos, a titularidade do bem reivindicado não se exaure no sujeito que figura no polo ativo da demanda, assim como, na hipótese

de direitos individuais homogêneos, a pluralidade de situações jurídicas congêneres desestimula o ajuizamento de ações com igual conteúdo, com consequências prejudiciais à prestação jurisdicional célere (José Maria Rosa Tesheiner e Raquel Heck Mariano da Rocha. “Partes e legitimidade nas ações coletivas”. *In* Revista de Processo, ano 35, n. 180, fev./2010, p. 14). A propósito, transcrevo passagem da análise feita por Rodolfo de Camargo Mancuso sobre o tema (Jurisdição coletiva e coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 248-249, 256-257):

Ainda no plano da jurisdição singular, verifica-se que a projeção subjetiva da coisa julgada vem facilitada pelo fato de que as partes (originárias ou intervenientes) estão aderentes às suas correspondentes situações legitimantes no plano do direito material; assim é que o autor da ação de despejo corresponde ao destinatário da norma do inquilinato que autoriza a desocupação; o oponente (CPC, art. 56) intervém na relação processual formada *inter alios* porque é favorecido por uma norma material (v.g. direito de propriedade) que o coloca num plano jurídico de mesmo nível que o agitado pelas partes mas com o destas incompatível.

A relação entre partes e terceiros todavia se torna mais tensa e complexa na jurisdição coletiva, porque a aderência a uma situação legitimante de direito material, ou bem não existe (caso de novos interesses emergentes na sociedade e ainda não recepcionados pelo ordenamento positivo) ou deve passar por importantes refrações, e daí é que se pode dizer que os interesses metaindividuais são dessubstantivados, já que eles existem independentemente de um sujeito ou entidade que os titularize em termos de atribuição exclusiva (um próprio ponto de riferimento, diria a doutrina italiana).

[...] Essas disposições evidenciam que o manejo da posição processual do terceiro, no plano da jurisdição coletiva, é muito diverso daquele da jurisdição singular: nesta última, prevalece a diretriz da estabilização do objeto litigioso (CPC, art. 264), conjugada ao entendimento da coisa julgada aos sujeitos integrantes da lide (CPC, art. 472), por aí se explicando a fixação de limites – objetivo e subjetivo – tendo-se por excepcionais as intromissões ulteriores, como nas restritas figuras de intervenção de terceiros ou na chamada substi-

tuição (*rectius* sucessão) processual. Já na jurisdição coletiva, por definição, a óptica é diversa, devendo-se buscar a máxima efetividade do comando judicial, em suas projeções espacial e subjetiva. Isso passa pela regulação da posição do terceiro e suas possíveis demandas individuais, tendo o legislador afirmado que inócorre litispendência entre os planos coletivo e individual.

Os contornos da questão, quando possível a individualização do provimento jurisdicional pleiteado, geram soluções legislativas distintas, presumindo-se a extensão dos efeitos da coisa julgada, favoráveis ou prejudiciais, a todos os membros da categoria ou grupo que não tenham requerido sua exclusão da ação coletiva (*opt out*) e, em outro extremo, a repercussão de tais efeitos restrita aos integrantes da categoria ou grupo que tenham manifestado adesão voluntária na demanda coletiva (*opt in*) (cf. Kazuo Watanabe. XIII World Congress of Procedural Law. “Relatório síntese. Tema 5 – Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas”. In Os processos coletivos nos países da Civil Law e da Common Law: uma análise de direito comparado. 2. ed. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Linda Mullenix. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 302).

O legislador brasileiro, na disciplina sistemática do processo coletivo (art. 21, da Lei n. 7.347/85), não impôs a adesão obrigatória do legitimado individual para proveito da sentença proferida em ação coletiva proposta para defesa de direito individual homogêneo, havendo, na hipótese, a possibilidade de o interessado valer-se da sentença em que o pedido foi julgado procedente, não sendo prejudicado pelo julgamento de improcedência (art. 103, III, da Lei n. 8.078/90), dando-se solução diversa no que atine ao pronunciamento judicial negativo ao pedido que esteja lastreado na insuficiência de provas em demandas relacionadas a direitos difusos e coletivos, nos termos do art. 103, I e II, da Lei n. 8.078/90 (cf. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. Ações coletivas no

direito comparado e nacional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 279; Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier. *Op.cit.*, p. 617).

A disciplina dada pela legislação ordinária não contrasta com o art. 5º, XXI, da Constituição Federal de 1988, porquanto não há infração ao preceito constitucional se o título judicial formado, na ação coletiva ajuizada para defesa de direitos individuais homogêneos, é utilizado para propositura de execução individual por associado que não concorreu para a deliberação favorável ao ajuizamento da demanda (art. 103, §3º, da Lei n. 8.078/90).

Acrescento que a solução adotada não diverge do voto por mim proferido em julgamento do RE 210.029, no qual adotei posição favorável à legitimidade dos sindicatos para ajuizamento de execução de créditos reconhecidos aos trabalhadores em ação coletiva. Para aquela solução, convergiram a dicção do art. 8º, III, da Constituição Federal de 1988, que afirma expressamente a substituição processual exercida pelos sindicatos, e a configuração dada às organizações sindicais pelo ordenamento jurídico. De fato, as relações de trabalho são balizadas pela subordinação que, em contexto de elevada disparidade de distribuição de bens, torna mais frágil a posição do trabalhador que pretenda reivindicar seus direitos, mas tema a despedida injustificada. Essa constatação fática é um dos elementos que concorreram para que a legitimidade extraordinária dos sindicatos já fosse reconhecida no art. 513, “a”, da Consolidação das Leis do Trabalho, ora interpretada como tentativa de evitar-se o receio legítimo de que a condenação, *obtida em ação coletiva, fosse frustrada pela inibição dos beneficiados em impulsionar, individualmente, a execução do julgado, tendo-se em vista pressões em sentido contrário impingidas pelos empregadores.*

Em síntese, destaco que o art. 5º, XXI, da Constituição Federal

de 1988, veicula hipótese de representação processual, razão por que a previsão estatutária e a expressa autorização dada pelos seus integrantes em assembleia da associação são pressupostos processuais para aferição de sua capacidade para estar no processo em defesa de direitos individuais homogêneos de seus integrantes. Contudo, tendo-se em vista a peculiaridade dos limites subjetivos da coisa julgada formada na ação coletiva, entendo que inexistente violação ao art. 5º, XXI, se o título judicial for utilizado para propositura de execução individual por associado que não concorreu para a deliberação favorável ao ajuizamento da demanda.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, adotando, com todas as vênias, fundamentação diversa daquela expendida pelo Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, para afirmar que a ausência de autorização não impede que o beneficiado proponha execução individual baseada em sentença proferida em ação coletiva, movida por associação, para defesa de direito individual homogêneo.

EXTRATO DE ATA

Recurso Extraordinário n. 573.232

Procedência: Santa Catarina

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

Recorrente: União

Advogado: Advogado-Geral da União

Recorridos: Fabrício Nunes e outro(a/s)

Advogados: André Mello Filho e outro(a/s)

Decisão: Depois do voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), conhecendo em parte do recurso extraordinário e, nessa parte, negando-lhe provimento, e do voto do *Senhor Ministro Marco Aurélio*, conhecendo em parte do recurso e, nessa parte, dando-lhe pro-

vimento, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausentes, porque em representação do Tribunal no exterior, os Senhores Ministros Gilmar Mendes (Presidente) e Cezar Peluso (Vice-Presidente). Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello (art. 37, I, RI). Plenário, 25.11.2009.

Decisão: Colhido o voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), que acompanhava o Relator, negando provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Declarou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participante da “V Conferência Iberoamericana sobre Justicia Electoral”, em Santo Domingo, República Dominicana. Plenário, 03.10.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Luiz Tomimatsu

Assessor-Chefe do Plenário

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI: 1. Trazem os autos recurso extraordinário interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, ao prover agravo de instrumento, reformou decisão do juízo singular. A decisão reformada – cuja restauração, portanto, está aqui sendo postulada - havia excluído do polo ativo de ação de execução membros da Associação Catarinense do Mi-

nistério Público (ACMP) que não firmaram autorização individual para a propositura da ação coletiva (ação de conhecimento) de que resultou a sentença objeto da execução.

O juízo de primeira instância assentou que, na ação de conhecimento nº 2000.72.00.000016-0, a Associação demandante teria postulado “o reconhecimento de um direito pessoal de titularidade exclusiva dos filiados que expressamente autorizaram o ajuizamento da referida demanda” (fl. 39), razão pela qual “os efeitos do acórdão (cópia à fl. 84) executado alcançam apenas os associados que tenham, na data da propositura da ação de conhecimento nº 2000.72.00.000016-0), autorizado expressamente à ACMP o ajuizamento daquela demanda, não abarcando todos os filiados, indistintamente, como interpreta o procurador dos credores, conforme se infere da petição de fls. 96/97” (fl. 39, verso).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região modificou a referida decisão em acórdão cuja ementa não guardou fidelidade com a real natureza da controvérsia estabelecida, a saber:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. INCLUSÃO NO PÓLO ATIVO DA DEMANDA. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO PARA AJUIZAR AÇÃO.

É pacífico o entendimento nesta Egrégia Corte no sentido de que os sindicatos e associações, na qualidade de substitutos processuais, estão legitimados para ajuizar ações, não apenas mandamentais, visando à defesa dos direitos de seus filiados independentemente de autorização de cada um deles ou em assembléia. Precedentes do STJ.

No recurso extraordinário, a União alega ter o Tribunal de origem incorrido em ofensa aos arts. 5º, XXI e XXXVI, e 8º, III, da Constituição. Afirma que a ação de conhecimento foi ajuizada em regime de representação processual, e que somente os filiados que autorizaram a sua

propositura estariam contemplados pelo título executivo.

A matéria recebeu crivo positivo de repercussão geral pelo Plenário Virtual, que, certamente influenciado pelo texto da ementa do acórdão recorrido, classificou o tema sob a rubrica “082 – Legitimidade de entidade associativa para promover execuções, na qualidade de substituta processual, independentemente da autorização de cada um de seus filiados”.

O julgamento do caso foi iniciado em 25/11/2009, com a prolação do voto do Relator, Min. Ricardo Lewandowski, que deixou assente a seguinte conclusão:

Entendo igualmente que a Carta Magna não faz qualquer alusão à forma como se dará a autorização dos filiados, mas apenas consigna que esta deverá ser expressa.

Ora, a locução quando *expressamente autorizados*, a meu ver, significa, simplesmente, *quando existir manifesta anuência*, o que acontece quando a autorização advém do estatuto da associação para que ele ajuíze ações de interesse de seus membros ou de deliberação tomada por eles em assembléia geral.

(...)

A Constituição, como se vê, em nenhum momento exigiu que se colha uma autorização individual dos filiados para cada ação a ser ajuizada pelas associações, pois isso esvaziaria a importante atribuição que o constituinte originário cometeu a tais entidades, isto é, a de defender o interesse de seus membros.

Tal *múnus* conferido às associações, de resto, insere-se nos quadros da democracia participativa adotada pela Carta de 1988, de forma complementar à democracia representativa tradicionalmente praticada no País.

(...)

O acórdão recorrido, ao analisar os efeitos do título judicial executado, concluiu que o pedido formulado pela Associação Catarinense do Ministério

Público não se limita aos filiados que, expressamente, autorizaram o ajuizamento da demanda, mas abrange todos os membros da associação.

(...)

E há mais: na inicial, a associação, invoca sua *qualidade de substituta dos Membros do Ministério Público que atuaram no período de 1994 a 1999 como promotores eleitorais em Santa Catarina*, baseando-se para tanto, não apenas na autorização prevista em seu estatuto, mas também no disposto no art. 5º, XXI, da CF (fls. 203/204).

(...)

O aresto guerreado está, portanto, em consonância com a doutrina e a jurisprudência desta Corte que, por diversas vezes, após o julgamento da AO 152/RS, decidiu que a autorização prevista no art. 5º, XXI, da CF, não pressupõe a outorga de procuração de cada um dos associados à associação para ingressar em juízo, visto que esta tanto pode constar do estatuto social, quanto decorrer de deliberação dos associados em assembléia.

Ademais, assentou que qualquer filiado pode promover a execução da sentença, desde que sua pretensão esteja compreendida no âmbito da eficácia subjetiva do título judicial.

(...)

Em suma, a autorização prevista no art. 5º, XXI, da Constituição Federal, de fato, deve ser expressa, podendo, todavia, materializar-se por meio de decisão assemblear ou mediante previsão estatutária, sob pena de reduzir-se o relevante papel institucional conferido pelo Carta de 1988 às associações.

Assinalo, por fim, que o ajuizamento de ações de interesse de seus filiados por parte das associações traz como consectário lógico que cada um deles - na espécie, cada membro da Associação Catarinense do Ministério Público - possa executar a decisão que lhe foi favorável, mesmo que não a tenha autorizado, individualmente, a ingressar em juízo.

Isso posto, conheço parcialmente do recurso, negando-lhe provimento na parte conhecida.

Na sequência, o Ministro Marco Aurélio manifestou posicionamento divergente. Sua Excelência considerou que o permissivo do art. 5º, XXI, da Constituição encerraria hipótese de representação processual, a exigir autorização individual ou expressa dos associados, que não poderia ser satisfeita com mera previsão estatutária. Eis o que ponderou o Ministro:

Senhor Presidente, se eu puder utilizar a palavra, já que foi citado um precedente da minha lavra, eu o faço para distinguir institutos: o instituto da representação do instituto da substituição processual.

É inconcebível que haja uma associação que pelo estatuto não atue em defesa dos filiados. É inconcebível.

O que nos vem da Constituição Federal? Um trato diversificado, considerado o sindicato, na impetração coletiva, quando ele realmente figura como substituto processual, o sindicato, nas ações diversas, presente o artigo 8º, confundível com a entidade que é embrionária do sindicato que é a associação, que também substitui os integrantes da categoria profissional ou da categoria econômica, e as associações propriamente ditas.

Em relação a essas, o legislador foi explícito ao exigir mais do que a previsão de defesa dos interesses dos filiados no estatuto, ao exigir que elas tenham – e isso pode decorrer de uma deliberação em assembléia – autorização expressa, que eu diria específica, para representar – e não substituir, propriamente dito – os integrantes da categoria profissional.

Agora, eu diria que o caso é péssimo para se elucidar essa dualidade. Por que é péssimo? Porque, conforme consta do acórdão do Tribunal Regional Federal, a ação de conhecimento foi ajuizada pela Associação Catarinense do Ministério Público. E o que fez, atenta ao que previsto num inciso do artigo 5º da Constituição Federal? Juntou uma relação dos que seriam beneficiários do direito questionado. E juntou, também – viabilizando, portanto, a defesa pela parte contrária, a parte ré –, a autorização para atuar. Prevê o estatuto autorização geral para associação promover a defesa, claro, porque qualquer associação geralmente tem no estatuto essa previsão. Mas, repito, exige mais a Constituição Federal, que haja o credenciamento específico.

Pois bem. Veio à balha um incidente na execução, provocado em si – pelo menos considero aqui o cabeçalho do acórdão do Tribunal Regional Federal – pela associação que atuara representando os interesses daqueles mencionados, segundo as autorizações individuais anexadas ao processo? Não, por terceiros, que seriam integrantes do Ministério Público, mas que não tinham autorizado inicialmente.

Indaga-se: formado o título executivo judicial, como foi, a partir da integração na relação processual da associação, a partir da relação apresentada por essa associação quanto aos beneficiários, a partir da autorização explícita de alguns associados, é possível posteriormente ter-se – e aqui eu penso que os recorridos pegaram uma carona nesse título – a integração de outros beneficiários?

A resposta para mim é negativa. É negativa, primeiro, Presidente, porque, quando a Associação, atendendo ao disposto na Carta, juntou-as às autorizações individuais, fazendo ela, viabilizou a defesa da União quanto àqueles que seriam beneficiários da parcela e limitou, até mesmo, a representação que desaguou, julgada a lide, no título executivo judicial.

Na fase subsequente de realização desse título, não se pode incluir quem não autorizou inicialmente a Associação agir e quem também não foi indicado como beneficiário, sob pena de, em relação a esses, não ter sido implementada pela ré, a União, a defesa respectiva.

Creio, e por isso eu disse, que a situação sequer é uma situação favorável a elucidar-se a diferença entre representação e substituição processual, a elucidar-se o alcance do preceito do artigo 5º que versa a necessidade de a associação apresentar autorização expressa para agir em juízo, em nome dos associados, e o alcance do preceito que versa o mandado de segurança coletivo e aponta o sindicato como substituto processual. Aqui, a representação já decorre da própria Carta – representação gênero – e também aquela previsão do artigo 8º, mas não me valho dele. Estou-me valendo apenas do preceito referente às associações que revela que o sindicato tem poderes realmente para atuar.

Presidente, não vejo como se possa, na fase que é de realização do título executivo judicial, alterar-se esse título, para incluir-se pessoas que não foram inicialmente apontadas como beneficiárias na inicial da ação de conhecimen-

to e que não autorizaram a Associação, como exigido no artigo 5º, XXI, da Constituição Federal.

Por isso, peço vênia – e já adianto o meu voto – para conhecer e prover o recurso interposto pela União.

Esses recorridos não figuraram como representados no processo de conhecimento. Esses recorridos, pelo que estou percebendo e que está realmente grafado no acórdão impugnado pela União, eles apenas pretenderam, já que a Associação logrou êxito quanto àqueles representados, aí, como eu disse, uma verdadeira carona incompatível com a organicidade e a instrumentalidade do Direito.

Suspensão naquela ocasião, o julgamento foi retomado em 03/10/2013, quando o Min. Joaquim Barbosa apresentou voto-vista que, apesar de convergir com o Relator no tocante à conclusão, o fazia por fundamento diverso, como ficou acentuado nas seguintes passagens do pronunciamento:

O enunciado expresso do art. 5º, XXI, da CF e a jurisprudência desta Corte sobre a matéria levam-me a concluir que o dispositivo trata de efetiva representação processual, a exigir que a previsão estatutária e a expressa autorização dada pelos seus integrantes em assembleia da associação sejam pressupostos processuais para a aferição de sua capacidade para estar no processo em defesa de interesses individuais homogêneos de seus membros.

Entretanto, essa afirmação não acarreta a adesão às conclusões sufragadas pela divergência já iniciada. De fato, o magistério da doutrina especializada considera insuficiente a transposição dos limites subjetivos da coisa julgada tal como definidos pelo art. 472 do CPC para o processo coletivo. A ressalva feita na segunda parte do referido dispositivo legal para as ações de estado e a eficácia da sentença condenatória penal no juízo cível eram exemplos extraídos da legislação para evidenciar a impossibilidade de circunscrever de modo estrito a repercussão da coisa julgada às partes do processo.

Essas incongruências tornavam-se evidentes quando constatado que a relação

jurídica de direito material subjacente à demanda tinha repercussão mais ampla do que o recorte dos fatos trazidos ao conhecimento do juízo, cuja sentença projetava-se para além da esfera de interesse das pessoas formalmente convocadas para participar do processo.

As discussões travadas sobre a extensão dos conceitos de parte e interessados são ora retomadas para explicitar que, tratando-se de direitos difusos e coletivos, a titularidade do bem reivindicado não se exaure no sujeito que figura no pólo ativo da demanda. Assim como, na hipótese de direitos individuais homogêneos, a pluralidade de situações jurídicas congêneres desestimula o ajuizamento de ações com igual conteúdo, com consequências prejudiciais à prestação jurisdicional célere.

A disciplina dada pela legislação ordinária não contrasta com o art. 5º, XXI, da CF, porquanto não há infração ao preceito constitucional se o título judicial formado na ação coletiva ajuizada para a defesa de interesses individuais homogêneos for utilizado para a propositura de execução individual por associado que não concorreu para a deliberação favorável ao ajuizamento da demanda. Registre-se novamente, com as devidas vênias, a assunção de premissa distinta daquela sufragada pelo eminente Relator, que poderia desencadear consequências imprevistas, caso as associações ajam como substitutas processuais, desatreladas da delimitação específica dos titulares dos interesses defendidos. A advertência não é lançada em demérito à relevância dos movimentos organizados da sociedade civil, mas sim feita à luz de reflexões levadas a cabo pelo próprio Constituinte, quando reconhecidas as implicações derivadas de uma análise açodada dos limites do amadurecimento e da representatividade de uma fração significativa de associações no Brasil.

Acrescento que a solução adotada não diverge do voto por mim proferido no julgamento do RE 210.029, no qual adotei posição favorável à legitimidade dos sindicatos para ajuizamento de execução de créditos reconhecidos aos trabalhadores em ação coletiva. Para aquela solução, convergiram a dicção do art. 8º, III, da CF, que afirma expressamente a substituição processual exercida pelos sindicatos, e a configuração dada às organizações sindicais pelo ordenamento jurídico. De fato, as relações de trabalho são balizadas pela subordinação que em contexto de elevada disparidade torna mais frágil a posição do trabalhador que pretenda reivindicar os seus direitos e eventualmente tema uma despedida injustificada. Essa constatação fática é um dos elemen-

tos que concorreram para que a legitimidade extraordinária dos sindicatos já fosse reconhecida o art. 513-A da CLT, ora interpretada como tentativa de evitar-se o receio legítimo de que a condenação obtida em ação coletiva fosse frustrada pela inibição dos beneficiários em impulsionar individualmente a execução dos julgados.

Em suma, destaco que o art. 5º, XXI, veicula hipótese de representação processual, razão porque a previsão estatutária e a expressa autorização dada pelos seus integrantes dada em assembleia da associação são pressupostos processuais para a aferição da capacidade para estar no processo em defesa de direitos individuais homogêneos dos integrantes da associação.

Contudo, tendo-se em vista a peculiaridade dos limites subjetivos da coisa julgada formada na ação coletiva, entendo que inexistente violação ao art. 5º, XXI, se o título judicial for utilizado para propositura de execução individual por associado que não tenha concorrido para a deliberação favorável ao ajuizamento da demanda.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso adotando, com todas as vênias, fundamentação diversa daquela adotada pelo relator para afirmar que a ausência de autorização não impede que o beneficiado proponha execução individual baseada em sentença proferida em ação coletiva movida por associação para defesa de direito individual homogêneo. É como voto.

À falta de *quorum* regimental para prosseguir o julgamento naquela oportunidade, pedi vista.

2. Desde logo é importante realçar os contornos da controvérsia a ser decidida. Consta dos sistemas do Supremo Tribunal Federal sobre repercussão geral que o tema 082, que tem como paradigma este recurso extraordinário, diz respeito a “Legitimidade de entidade associativa para promover execuções, na qualidade de substituta processual, independentemente da autorização de cada um de seus filiados”. Não é esse, exatamente, o foco do debate. Trata-se de classificação influenciada pela ementa do acórdão recorrido, destoante do debate travado. Com efeito, aqui *não está em questão a legitimidade de sindicato ou de associação*

para promover ação coletiva ou sua execução. O que aqui se questiona é, unicamente, a *legitimidade ativa do associado* (e não da associação ou do sindicato) para executar em seu favor a sentença de procedência resultante de ação coletiva, proposta por sua Associação, mediante autorização individual e expressa de outros associados. Essa a questão.

3. Realmente, a *legitimidade das entidades associativas* para promover demandas em favor de seus associados tem assento no art. 5º, XXI da Constituição Federal e a *das entidades sindicais* está disciplinada no art. 8º, III, da Constituição Federal. Todavia, em se tratando de entidades associativas, a Constituição subordina a propositura da ação a um requisito específico, que não existe em relação aos sindicatos, qual seja, a de estarem essas associações “expressamente autorizadas” a demandar. É diferente, também, da legitimação para impetrar mandado de segurança coletivo, prevista no art. 5º, LXX da Constituição, que prescinde da autorização especial (individual ou coletiva) dos substituídos (Súmula 629 do STF), ainda que veicule pretensão que interesse a apenas parte de seus membros e associados (Súmula 630 do STF e art. 21 da Lei 12.016/2009).

4. Pois bem, se é indispensável, para propor ação coletiva, autorização expressa, a questão que se põe é a que diz com o modo de autorizar “expressamente”: se por ato individual, ou por decisão da assembléia de associados, ou por disposição genérica do próprio estatuto.

Quanto a essa questão, a resposta que tem sido dada pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que *não basta a autorização estatutária genérica* da entidade associativa, sendo indispensável que a declaração expressa exigida pela Constituição (art. 5º, XXI) seja manifestada *ou por ato individual do associado ou por deliberação tomada em assembléia* da entidade. Essa orientação foi corroborada em recente e unânime decisão plenária na Rcl 5.215, Rel. Min. Ayres Britto, a saber:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO PEDIDO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA. A ENTIDADE DE CLASSE, QUANDO POSTULA EM JUÍZO DIREITOS DE SEUS FILIADOS, AGE COMO REPRESENTANTE PROCESSUAL. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DE ASSEMBLÉIA GERAL. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA ÀS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADIs 1.721 E 1.770. INEXISTÊNCIA. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. A associação atua em Juízo, na defesa de direito de seus filiados, como representante processual. Para fazê-lo, necessita de autorização expressa (inciso XXI do art. 5º da CF). Na AO 152, o Supremo Tribunal Federal definiu que essa autorização bem pode ser conferida pela assembléia geral da entidade, não se exigindo procuração de cada um dos filiados. 2. O caso dos autos retrata associação que pretende atuar em Juízo, na defesa de alegado direito de seus filiados. Atuação fundada tão-somente em autorização constante de estatuto. Essa pretendida atuação é inviável, pois o STF, nesses casos, exige, além de autorização genérica do estatuto da entidade, uma autorização específica, dada pela Assembléia Geral dos filiados. 3. (...) 6. Agravo regimental desprovido (Rcl 5215 AgR, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJe de 22-05-2009).

Trata-se, como se percebe, de orientação afinada com os requisitos estabelecidos também no parágrafo único do art. 2º-A da Lei 9.494, de 10/09/1997, a saber:

Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

5. No caso concreto, a Associação propôs ação coletiva objetivando o reconhecimento do direito de associados, membros do Ministério Público em Estado de Santa Catarina, à incidência e consequentes reflexos do percentual de 11,98% sobre a gratificação eleitoral, devida retroativamente a março de 1994, que é calculada sobre o vencimento básico dos juizes federais, e que teria sido reduzida por força do critério para conversão dos vencimentos em URV. Muito embora o direito pleiteado se refira a uma parcela remuneratória específica de outros membros da categoria representada pela entidade demandante, o certo é que *a ação foi proposta apenas em favor dos que apresentaram autorizações individuais expressas*, sendo que o pedido e a correspondente sentença limitaram-se a esses associados. Somente esses, portanto, nas especiais circunstâncias do caso, estão munidos de título executivo indispensável para o cumprimento do julgado em seu favor. Foi essa especial circunstância que levou o juízo da 1ª Vara Federal de Florianópolis da Seção Judiciária de Santa Catarina a, acertadamente, decidir o seguinte:

Como GILBERTO POLLI, FABRÍCIO NUNES, HÉLIO JOSÉ FIAMONCINI, HELOÍSA CRESCENTI ABDALLA FREIRE, HENRIQUE LIMONGI e HERCÍLIA REGINA LEMKE propõem execução não amparada pelo título judicial, já que não apresentaram autorização expressa para a ACMP propor a ação de conhecimento (cfe. certidão de fl. 123), é esta considerada, via de consequência, em relação a eles, nula de pleno direito.

Não há como dar amparo, assim, ao entendimento do acórdão recorrido, segundo o qual, os associados que não autorizaram expressamente, estariam ainda assim legitimados a executar porque o “(...) Estatuto, no art. 3º, I, prevê a autorização geral para a associação promover a defesa judicial e extrajudicial dos interesses coletivos e difusos de seus associados e pensionistas (fl. 140).” A simples previsão estatutária, con-

forme já registrado, seria insuficiente para legitimar a Associação, razão pela qual, ela própria, tomou o cuidado de munir-se de autorizações individuais.

5. Em suma, reafirma-se o entendimento da jurisprudência do STF, corroborada pelo parágrafo único do art. 2º-A da Lei 9.494/97, de que a autorização a que se refere o art. 5º, XXI deve ser expressa por ato individual do associado ou por assembleia da entidade, sendo insuficiente a mera autorização genérica prevista em cláusula estatutária. Todavia, no caso concreto, a demanda foi proposta com base em autorizações individuais (não havendo notícia alguma sobre deliberação assemblear), sendo esses associados os únicos beneficiados pela sentença de procedência e, conseqüentemente, apenas eles dispõem de título jurídico para promover a execução.

6. Ante o exposto, acompanho o voto do Ministro Marco Aurélio, para dar provimento ao recurso extraordinário da União, restabelecendo a decisão do juízo de primeira instância.

É o voto.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, segundo apreendi, estamos a discutir a existência ou não de legitimidade ad causam de associados para a execução de título executivo judicial constituído em ação coletiva, ajuizada por sua associação de classe, em favor de associados outros que haviam autorizado expressamente o ingresso daquela ação e constantes de rol.

Conforme bem apontou o Ministro Teori Zavaschi, em seu voto vista, não cabe, a meu juízo, fazer qualquer distinção, na hipótese, entre os institutos da representação processual e o da substituição processual, neste, de legitimação extraordinária ou anômala, o substituto a defender

em juízo em nome próprio direito alheio, naquele o representante a defender em nome alheio, o do representado, também direito alheio.

Cuida-se de execução em que o juízo de primeiro grau excluiu da relação jurídico-processual pessoas físicas, à compreensão de que não beneficiárias do título executivo, o que, à luz do art. 5º, LXX, da Constituição da República, consoante a jurisprudência sedimentada desta Suprema Corte, merece endosso, enquanto solução mais adequada ao caso e aos institutos jurídicos envolvidos, uma vez exigível, em se tratando de associação, a autorização individual dos associados ou da assembleia da entidade para o ajuizamento da demanda, de todo insuficiente a só previsão estatutária.

Por isso, peço vênia a Vossa Excelência e ao Ministro Joaquim Barbosa, e acompanho a divergência aberta pelo eminente Ministro Marco Aurélio, agora acompanhado pelo Ministro Teori, no que dá provimento ao recurso extraordinário para restabelecer a decisão do juízo de primeiro grau na execução.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, eu só gostaria de fazer duas observações: no meu modo de ver, a discussão é um pouco mais ampla do que parece porque, evidentemente, se nós fôssemos discutir apenas a *legitimatío ad causam* para a execução, ou seja, se o associado que não participou do processo de fabricação da sentença pode executar ou não, essa questão da legitimidade ficaria adstrita a uma questão processual infraconstitucional. Então os votos dos Ministros Teori e Marco Aurélio, e, agora, me referindo diretamente ao voto do Ministro Teori, que é amplo nesse sentido, ele também faz a distinção entre o inciso XXI da representação e da substituição processual dos sindicatos, porque o inciso XXI do artigo 5º diz assim:

Art.5º ...

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

Não é um primor de redação, mas essa pode ser aquela *legitimatío ad processum* e não a *legitimatío ad causam*. Então, a legitimidade aqui não influi muito.

Mas aqui, evidentemente, como a Constituição não traz expressões que não tenham significado, a própria Constituição Federal exige que as entidades associativas sejam expressamente autorizadas. E a doutrina processual sempre entendeu esse dispositivo como um dispositivo de prudência, porquanto uma pessoa fica submetida à coisa julgada em razão de uma ação proposta pela associação. Ainda que se possa afirmar que essa coisa julgada é *in utilibus*, aproveita se for boa e não aproveita se não for boa, a verdade é que a tese jurídica fixada numa ação coletiva tem uma eficácia prejudicial em relação às ações individuais. Ela dificilmente se modifica. Então, essa é a verdadeira razão de ser desse dispositivo: exigir essa autorização expressa.

E, aqui, no caso, além dessa distinção muito bem lançada por ambos os votos do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Teori, há uma outra que é mais evidente ainda, quer dizer, o associado que não estava no processo, e a sentença se referiu aos associados que venceram a causa, um não associado, um não vencedor da causa promove a execução de um título formado não em favor dele.

Então, eu peço também vênia para acompanhar o voto do Ministro Marco Aurélio.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, queria fazer umas breves observações a Vossa Excelência, se me permite, até porque estou acompanhando Vossa Excelência, com as vênias dos que pensam em contrário.

Neste caso, que já foi posto muitas vezes, a partir do voto de Vossa Excelência, a meu ver e acompanhando o seu entendimento, diferentemente do que sugeriu o Procurador-Geral da República no parecer, o artigo 5º, XXI, primeiramente, foi pré-questionado. E a distinção feita pelo Ministro Marco Aurélio no voto, que era entre substituição processual e representação processual, já foi utilizada pelo Supremo para assentar a legitimidade das associações para a impetração de mandado de segurança, concluindo tratar-se de legitimação extraordinária que dispensaria a autorização exigida pelo o artigo 5º, XXI, e cuidaria do caso de representação processual.

Daí a conclusão de que não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa, aludida no inciso XXI do artigo 5º, como posto por este Plenário no Recurso Extraordinário nº 181.438, relatado pelo Ministro Carlos Velloso.

E, neste caso, como na Ação Originária nº 152, de que o Ministro Carlos Velloso também foi Relator, essa ação ordinária foi ajuizada pela associação, e o Relator votou por uma interpretação mais restritiva, acentuando ser necessária a autorização individual para ajuizamento da ação ordinária.

Em divergência, o Ministro Sepúlveda Pertence assinalou: “Não me convenço assim de que, no contexto da Lei Fundamental de 1988, manifestamente aberta aos processos coletivos, o artigo 5º, XXI, mereça interpretação que o converta em retrocesso. Mas, ainda que assim fosse,

validamente, a lei ordinária contentou-se com a deliberação da assembleia geral das associações como forma idônea de autorizá-la a agir em juízo pelos filiados”, prevalecendo, então, o entendimento que Vossa Excelência acolheu, de que a autorização seria...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Vossa Excelência me permite? Eu acho que esse é o ponto delicado. O Ministro Ricardo defende a tese de que basta a autorização no estatuto, e a jurisprudência do Supremo é no sentido de ser indispensável autorização individual ou por decisão em assembleia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – E eu estou exatamente citando para dizer que, na esteira dos precedentes, o Ministro Ricardo Lewandowski construiu o seu entendimento, a sua compreensão, que eu estou acompanhando, com as vênias da divergência, no sentido de que realmente, nos casos em que – como neste caso – há previsão do Estatuto de Defesa dos Direitos, o Relator propôs a evolução – foi expresso – da jurisprudência para que a previsão do estatuto fosse suficiente, e citou, inclusive, doutrina – como, por exemplo, do professor José Afonso da Silva.

Por esta razão, eu estou, com as vênias da divergência, acompanhando o voto do Ministro-Relator – vale dizer, Ministro-Presidente –, conhecendo em parte e, na parte conhecida, negando provimento.

É como voto, com todas as vênias do entendimento contrário.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Senhor Presidente, peço vênias a Vossa Excelência para acompanhar a divergência iniciada pelo eminente Ministro Marco Aurélio e, agora, apoiada pelos Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux.

Parece-me que, no caso, cuida-se de reafirmar a jurisprudência desta Corte, razão pela qual entendo deva ser restabelecida a sentença proferida pelo magistrado federal de primeira instância.

Em consequência, dou inteiro provimento ao presente recurso extraordinário.

É o meu voto.

DEBATE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) – Eu consulto o Ministro Marco Aurélio se mantém o entendimento, no sentido do conhecimento em parte, ou se adere à maioria formada quanto ao conhecimento integral da ação e ao provimento do recurso da União.

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – Qual seria a parte, Presidente, se Vossa Excelência puder, como relator, explicitar, que não seria passível de conhecimento?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) – Eu preciso rever o meu voto aqui, faz tanto tempo que eu o proferi.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vossa Excelência conhece, parcialmente, do recurso extraordinário, mas lhe nega provimento na parte de que conhece.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Vossa Excelência está dizendo, no voto, que a ausência de prequestionamento é quanto aos artigos 5º, XXXVI, e 8º, III, da Constituição, que não foram objeto de discussão no acórdão recorrido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRE-

SIDENTE E RELATOR) – Eu digo logo, no início do meu voto, o seguinte:

Inicialmente assento que o apelo extraordinário não merece ser conhecido quanto ao art. 5º, XXXVI e ao art. 8º, III, da Constituição Federal, na esteira do parecer do MPF, uma vez que tais dispositivos não foram objeto de discussão no acórdão recorrido.

Ademais, os embargos declaratórios não foram opostos com a finalidade de suprir essa omissão, o que torna inviável o recurso, neste aspecto, a teor das Súmulas 282 e 356 desta Corte.

Recordo que, na origem, foi ajuizada ação ordinária pela Associação do Ministério Público Catarinense – ACMP, em que postulava, em prol de seus associados, a incidência e os pagamentos reflexos do percentual correspondente a 11,98% sobre a gratificação eleitoral, retroativamente a março de 1994, calculada sobre os vencimentos dos juízes federais, mas reduzida por força de sua conversão em URVs.

O pedido foi considerado improcedente em primeira instância...

Então, na verdade, eu estou conhecendo apenas quanto ao artigo 5º, inciso XXI, da Carta Política, que é a parte remanescente que foi objeto de prequestionamento e discussão no acórdão de origem. E, no mais, não estou conhecendo. Vossas Excelências estão entendendo que há um prequestionamento implícito, ou não?

O *SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO* – Presidente, quando votei, em 25 de novembro de 2009, creio, se não estiver grafada erradamente a data, o fiz apenas quanto ao mérito, considerada a previsão do inciso XXI do artigo 5º. Estamos a atuar em sede extraordinária, quando se faz necessário o prequestionamento, que nada mais é do que o debate e decisão prévios na origem. Por isso, conheço parcialmente do recurso e o provejo nessa parte.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Eu também votei nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) – Votou no sentido do conhecimento parcial, também? Ministra Rosa Weber, também parcial? Ministro, eu entendi que o Ministro Teori Zavaski tenha votado no sentido..

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Eu acompanho o Ministro Marco Aurélio. Realmente, da matéria infraconstitucional não se conhece, mas o fundamento constitucional é suficiente para prover integralmente o recurso. Portanto, se conhece em parte, mas se provê o recurso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) – É que tecnicamente, talvez, até acompanhando o parecer do Ministério Público, que se manifestou já nesse sentido, então era uma questão que tínhamos que enfrentar no recurso extraordinário, e acho que isso facilita até a proclamação do resultado, sem prejuízo dos efeitos práticos do julgamento, porque, na verdade, como acentuou o nosso decano, no fundo, nós estamos restabelecendo a decisão de primeiro grau.

EXTRATO DE ATA

Recurso Extraordinário n. 573.232

Procedência: Santa Catarina

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

Redator do Acórdão: Ministro Marco Aurélio

Recorrente: União

Advogado: Advogado-Geral da União

Recorridos: Fabrício Nunes e outro(a/s)

Advogados: André Mello Filho e outro(a/s)

Decisão: Depois do voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), *conhecendo em parte* do recurso extraordinário e, nessa parte, *negando-lhe* provimento, e do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, *conhecendo em parte* do recurso e, nessa parte, *dando-lhe* provimento, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausentes, porque em representação do Tribunal no exterior, os Senhores Ministros Gilmar Mendes (Presidente) e Cezar Peluso (Vice-Presidente). Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello (art. 37, I, RI). Plenário, 25.11.2009.

Decisão: Colhido o voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), que acompanhava o Relator, negando provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Declarou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participante da “V Conferência Iberoamericana sobre Justicia Electoral”, em Santo Domingo, República Dominicana. Plenário, 03.10.2013.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, por maioria, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, que redigirá o acórdão. Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. Declarou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausentes, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), em viagem oficial a Lima, no Peru; o Ministro Gilmar Mendes, para participar do Congresso em honra de Peter Häberle por ocasião do seu 80º aniversário, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Portugal, e do XVI Congresso da Conferência da Cortes Constitucionais Europeias, em Viena, na Áustria, e o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário, 14.05.2014.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário

**SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 290.120, de Santa Catarina (2014/0050992-7)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa

Impetrante: Claudio Gastao da Rosa Filho e outros

Advogado: Claudio Gastão da Rosa Filho

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Luciano Dal Pizzol (preso)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO FUNDO DO POÇO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. FRAUDE À LICITAÇÃO. CORRUPÇÃO PASSIVA. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. CARÊNCIA SUPERVENIENTE DE INTERESSE PROCESSUAL. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE ABSOLUTA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA REJEITADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM EM DATA ANTERIOR À PRESENTE IMPETRAÇÃO. FUNDAMENTOS NÃO IMPUGNADOS. RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS DE ORIGEM FEDERAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ CONSTITUÍDA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL NÃO EVIDENCIADA. ESTRITA VIA DO *WRIT*. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO CONHECIMENTO.

I - A revogação da prisão preventiva do Paciente, em 02.04.2014, por ordem do Desembargador Relator no Tribunal de origem, com esteio no art. 316, do Código de Processo Penal, aplicando-se, ainda, as medidas cautelares previstas nos incisos I, II, IV e V, do art. 319, do referido *codex*, impõe o reconhecimento da carência superveniente de interesse processual nesse aspecto.

II - O Impetrante impugnou tão somente o ato proferido pelo Desembargador Relator quando da decretação da prisão preventiva, alegando, como cau-

sa de pedir, a competência absoluta da Justiça Federal para o processamento do inquérito, nos termos do art. 109, da Constituição da República, mas permanecendo silente acerca da exceção de incompetência julgada pelo Órgão Especial do Tribunal de origem em data anterior à presente impetração.

III - Não há como, neste momento processual, entender de forma diversa do decidido pelo Tribunal de origem quando do julgamento da aludida exceção de incompetência, porquanto: i) os fundamentos adotados no julgamento da exceção decidida pelo Órgão Especial do Tribunal de origem não foram impugnados, voltando-se o Impetrante apenas contra a decisão que decretou a segregação cautelar, ato este apontado como coator, já revogado ii) a documentação carreada aos autos não evidenciam coação ilegal idônea a ensejar a concessão da ordem, pois não demonstra que as verbas referentes ao inquérito em exame não teriam sido incorporadas ao Município de Ouro/SC, ou, a *contrario sensu*, que este estaria obrigado a prestar contas à órgão federais, seja perante a FUNASA, seja perante o Tribunal de Contas da União.

III - Inadequação da estrita via do *habeas corpus* para revisão do aresto proferido pelo Tribunal estadual na exceção de incompetência lá argüida, porquanto a ilegalidade passível de justificar a impetração do *writ* deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito, que não demandem incursão no acervo probatório constante dos autos. Precedentes.

IV - Para o eventual reconhecimento da competência da Justiça Federal, que não se vislumbra nesta oportunidade, impõe-se ampla dilação probatória, o que ocorrerá caso recebida a denúncia e processada a ação penal, sendo prematuro inferir-se o interesse da União no feito.

V - *Habeas corpus* não conhecido, revogando-se a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e revogou a liminar anteriormente deferida. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 18 de junho de 2014 (Data do Julgamento)

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Luciano Dal Pizzol, apontando-se, como autoridade coatora, o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que decretou a prisão preventiva do Paciente na Medida Cautelar n. 2013.082159-0, referente ao Inquérito Policial n. 2013.088693-6, da Comarca de Videira/SC.

Consta dos autos que o Paciente, em decorrência das investigações realizadas pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado – GAECO de Lages/SC, na denominada Operação “FUNDO DO POÇO”, foi denunciado, em conjunto com mais 45 pessoas, pela suposta prática dos crimes de formação de quadrilha, corrupção passiva e fraude à licitação, previstos nos arts. 2º, § 4º, IV, da Lei n. 12.850/2013, 333, *caput*, por 7 vezes, e parágrafo único, por 4 vezes, do Código Penal e arts. 89, parágrafo único, 90, por 9 vezes, e 95, por 3 vezes, todos da Lei n. 8.666/1993 (e-STJ Fl. 311).

Requerida a prisão preventiva do Paciente e de mais cinco denunciados pelo Ministério Público Estadual, o Desembargador Relator da Medida Cautelar n. 2013.082159-0, decretou-a com fulcro nos arts. 311 e 312, ambos do Código de Processo Penal (e-STJ Fls. 391/400). No presente *writ*, sustentam os Impetrantes, em suma, a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a segregação cautelar foi decretada por juízo incompetente para processar e julgar o feito, uma vez entenderem que a competência para julgamento do caso – fraudes

às licitações – seria da Justiça Federal, nos termos do art. 109, IV, da Constituição da República, visto que os recursos orçamentários eram de origem federal.

Aduzem que “os fatos descritos na exordial acusatória nos levam à conclusão de que há ofensa direta aos interesses da União, eis que os supostos ilícitos cometidos em processos licitatórios para construção e ampliação de rede de abastecimento de água no município de Ouro/SC, a exemplo do que ocorreu na localidade de Ibiama/SC, que também contava com orçamentos advindos da esfera federal” (e-STJ Fl. 11).

Afirmam que o Município de Ouro/SC, em parceria com a FUNASA, fundação pública vinculada ao Ministério da Saúde, visava à melhoria do saneamento ambiental daquela localidade, com a contratação de empresas por meio de licitação, a fim de implementar sistemas de abastecimento de água, contrato esse que atrai a competência da esfera federal, uma vez que a FUNASA é uma instituição inserida na estrutura administrativa da União.

Alegam que outro aspecto torna inquestionável a competência da Justiça Federal: a prestação final de contas do TC/PAC - 0964/08, pela Prefeitura do Município de Ouro/SC, foi realizada perante a FUNASA, o que faz incidir a Súmula n. 208/STJ, entendendo pela remessa dos autos à Justiça Federal, revogando-se, desde logo, a custódia cautelar, haja vista decretada por juiz incompetente (e-STJ Fls. 17 e 20).

Informam que o Paciente está segregado desde 28.12.2013, “sem previsão da data em que será apreciado o recebimento da denúncia, pois foi prorrogado o prazo de apresentação da defesa inicial de alguns code-nunciados” (e-STJ Fl. 24).

Requerem, em liminar, a suspensão dos efeitos do decreto de prisão preventiva até o julgamento em definitivo deste mandamus, pugnando, no mérito, pela anulação de todos os atos decisórios, remetendo-se o feito à Justiça Federal.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 448/452 (e-STJ).

Às fls. 858/918, mediante o Ofício n. 560/2014 - GP, o Tribunal de origem encaminhou cópia do acórdão no qual, por unanimidade, o Órgão Especial rejeitou a Exceção de Incompetência n. 2013.088693-6/0001.00, oposta pelo Paciente em 08.01.2014, em sessão de julgamento realizada na data de 05.03.2014, assim ementado:

PROCESSO PENAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. REUNIÃO DE PROCESSOS POR CONEXÃO. NECESSIDADE DA COEXISTÊNCIA DE DUAS OU MAIS INFRAÇÕES PENAIS VINCULADAS. REQUISITO

DESATENDIDO. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL E MEDIDA CAUTELAR EXTINTOS POR NÃO REVELAREM INDÍCIOS DE INFRAÇÃO PENAL. POSTERIOR COMPARTILHAMENTO DE PROVAS NOVAS. INVESTIGAÇÕES QUE DESAGUARAM EM NOVO PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. EXCEÇÃO REJEITADA.

1 Inviável juridicamente é o reconhecimento de conexão entre dois procedimentos de investigação criminal com o deslocamento da competência para a sua análise à Justiça Federal, quando o delito tido como de “interesse da União por envolver verba federal” precedentemente investigado, não prosperou, resultando no seu arquivamento e no da medida cautelar que deferira interceptações telefônicas.

2 O compartilhamento das provas coletadas em medida cautelar antecedente e extinta, cujo elenco probatório restou inservível para aquele procedimento, mas capaz de gerar em outra comarca, investigação por fato diverso, não configura conexão (e-STJ Fls. 858/918).

Informou, ainda, que dois pedidos de revogação da prisão preventiva do Paciente, protocolados em 19.12.2013 e 06.03.2014, foram indeferidos pelo Desembargador Relator do feito.

Requerida a reconsideração da decisão denegatória de liminar, às fls. 455/494 (e-STJ), o então Relator deste processo – Ministro Rogério Schietti Cruz – deferiu parcialmente o pedido, apenas para suspender o trâmite do Inquérito Policial n. 2013.088693-6/SC, sobrestando-se eventual recebimento da denúncia até o julgamento final deste *writ* (e-STJ Fls. 926/929).

Às fls. 933/958 (e-STJ), o Tribunal de origem noticiou que a prisão preventiva do Paciente foi revogada, em 02.04.2014, por ordem do Desembargador Relator Trindade dos Santos, com esteio no art. 316 do Código de Processo Penal, aplicando-se, ainda, os incisos I, II, IV e V, do art. 319 do mesmo diploma legal (Ofício n. 560/2014 - GP). Destacou, ainda, que este foi colocado imediatamente em liberdade, porquanto encontrava-se nas dependências do Tribunal de Justiça, consoante assinatura aposta no alvará de soltura (e-STJ Fls. 957).

Anoto que tal decisão motivou o pedido de desistência no *Habeas Corpus* n. 285.185/SC, também de minha relatoria, o qual tinha como pedido, tão somente, a concessão de liberdade provisória ao ora Paciente.

Na Petição n. 00112800/2014, (e-STJ fls. 963/975), o *Parquet* estadual pleiteia a reconsideração da decisão de fls. 926/929 para o fim de permitir-se o prosseguimento do Inquérito n. 2013.088693-6, no Tribunal de origem, com a prolação de decisão acerca do recebimento ou não da exordial acusatória, requerendo, ainda, a denegação da ordem.

Às fls. 976/980 (e-STJ), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, entendendo, outrossim, pela revogação da decisão de fls. 926/929 (e-STJ).

Às fls. 986/989 (e-STJ), os Impetrantes requereram o desentranhamento da petição protocolizada pela Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, afirmando ser a manifestação descabida, não condizente com a realidade, sustentando, também, que o Ministério

Público Estadual não detém legitimidade para atuar nesta Corte. Pugnam pela manutenção da liminar atacada.

Consultada sobre possível prevenção no feito (e-STJ Fl. 982), verifiquei sua existência, determinando sua redistribuição e devida compensação (e-STJ Fl. 1014).

Foram prestadas informações pelo Tribunal de origem às fls. 1040/1194, sem o encaminhamento de novos documentos.

O Impetrante peticionou às fls. 1195/1276 e 1281/1307, juntando pareceres jurídicos sobre o tema.

É o relatório.

VOTO

À EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Pretendem os Impetrantes a revogação da segregação cautelar a qual foi submetido o Paciente, bem como a anulação de todos os atos decisórios, por vício de competência.

De início, conforme noticiado às fls. 950/952 (e-STJ), a prisão preventiva do Paciente foi revogada, em 02.04.2014, por ordem do Desembargador Relator Trindade dos Santos, com esteio no art. 316, do Código de Processo Penal, aplicando-se, ainda, as medidas cautelares previstas nos incisos I, II, IV e V, do art. 319, do referido *codex*, sendo de rigor o reconhecimento da carência superveniente de interesse processual nesse aspecto.

Entretanto, persiste o interesse na análise acerca da competência do Juízo, a fim de averiguar a validade dos demais atos decisórios e o prosseguimento de instauração da ação penal, nos termos do art. 648,

inciso III, do Código de Processo Penal e art. 5º, inciso LIII, da Constituição da República. Nesse sentido: HC 100.955/MT, 5ª T., Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 13.05.2008, DJe de 09.06.2008; HC 109050/MG, 5ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 26.06.2008, DJe de 18.08.2008.

As informações trazidas aos autos, às fls. 858/918(e-STJ), noticiam que, antes mesmo do ajuizamento da presente ação mandamental, o Órgão Especial do Tribunal de origem analisou as mesmas alegações ora apresentadas, resultando na rejeição da exceção de incompetência lá oposta, por votação unânime. Com efeito, após profunda análise dos elementos probatórios constantes no Inquérito n. 2013.088693-6, de Videira/SC, entendeu-se pela ausência de conexão deste com o Procedimento de Investigação Criminal n. 06.2012.0002056-4 que justificasse o deslocamento da competência estadual, bem como pelo fato de que os recursos provenientes de órgão federal foram repassados ao Município de Ibiama/SC mediante transferência, vindo a integrar seu patrimônio, atraindo o teor da Súmula 209 desta Corte, segundo a qual “Compete à Justiça Estadual processar e julgar Prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal” (e-STJ Fls. 897/910).

Todavia, neste *writ*, o Impetrante impugnou tão somente o ato proferido pelo Desembargador Relator quando da decretação da prisão preventiva, alegando, como causa de pedir, a competência absoluta da Justiça Federal para o processamento do inquérito, nos termos do art. 109, da Constituição da República, mas permanecendo silente acerca da aludida exceção de incompetência.

Em outras palavras, os fundamentos declinados pelo Tribunal de Justiça para rejeitar a aludida exceção não foram enfrentados neste *writ*, embora o julgamento tenha ocorrido em data anterior à impetração que aqui se cuida.

De qualquer maneira, para demonstrar o alegado, o Impetrante juntou aos autos os contratos ns. 069 e 070, ambos de 2010, firmados entre o Município de Ouro e a Empresa Hidroani Poços Artesianos LTDA, bem como o documento de liberação dos recursos provenientes do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC (e-STJ Fls. 26/51, 58/63 e 64/68, respectivamente), sem, contudo, carrear aos autos, o Termo de Compromisso TC/PAC 0964/2008, ao qual se referem os contratos, bem como as prestações de contas à órgão federal, documentos imprescindíveis para comprovar a nulidade do feito.

Por outro lado, estranhamente, foram juntados de forma exauriente os elementos relativos ao Procedimento Investigatório Criminal n. 06.2012.0002056-4, o qual foi arquivado.

Note-se que tal procedimento investigativo em nada relaciona-se com os crimes pelos quais o Paciente foi denunciado, embora tenha fornecido elementos para o deferimento da medida cautelar que autorizou as interceptações telefônicas e, por conseguinte, a deflagração do Inquérito ao qual se refere a presente ação.(e-STJ fls. 191/318).

Destaco, ainda, que, ao contrário do que pretende o Impetrante, não há como inferir semelhança entre o termo de compromisso firmado entre a FUNASA e o Município de IBIAM/SC com qualquer outro.

Conforme reiteradamente proclamado por esta Corte, o conhecimento do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito pleiteado.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PRISÃO CAUTELAR. ROUBO MAJORADO. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DA

COAÇÃO ILEGAL AVENTADA. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INDEFERIMENTO SUMÁRIO DO MANDAMUS. DECISÃO MONOCRÁTICA CONFIRMADA. REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi adotado por este Superior Tribunal de Justiça.
2. Ainda que assim não fosse, não há na impetração a cópia integral do acórdão objurgado, documentação indispensável para análise da alegada atipicidade da conduta que foi atribuída aos agravantes.
3. O rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do avertido constrangimento ilegal suportado pelo paciente.
4. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 264743/TO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 17/09/2013, DJe 26/09/2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INSTRUIÇÃO DO *WRIT*. DEFICIÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
2. É inviável divisar, de forma meridiana, a alegação de constrangimento, diante da instrução deficiente da ordem, na qual se deixou de coligir cópia do decreto prisional ao qual faz referência a sentença condenatória que manteve o cárcere, documento imprescindível à plena compreensão dos fatos aduzidos no presente mandamus.
3. *Habeas corpus* não conhecido (HC 217517/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 20/08/2013).

Sublinhe-se, outrossim, que referida exigência não pode ser relevada em caso de impetração por advogado, cuja formação acadêmica e atuação profissional inegavelmente pressupõem conhecimento acerca dos ônus processuais que lhe são impostos. Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados: AgRg no HC 226.992/MS, 6ª T., Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 26.06.2012; AgRg no HC 209.664/MG, 6ª T., Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 09.05.2012; RHC 26.541/SC, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 21.03.2011; HC 110.245/GO, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 16.02.2009.

Pois bem. Não há como, neste momento processual, entender de forma diversa do decidido pelo Tribunal de origem quando do julgamento da aludida exceção de incompetência, porquanto: i) os fundamentos adotados no julgamento da exceção decidida pelo Órgão Especial do Tribunal de origem não foram impugnados, voltando-se o Impetrante apenas contra a decisão que decretou a segregação cautelar, ato este apontado como coator, já revogado ii) a documentação carreada aos autos não evidencia flagrante ilegalidade idônea a ensejar a concessão da ordem, pois não demonstra que as verbas referentes ao inquérito em exame não teriam sido incorporadas ao Município de Ouro/SC, ou, a *contrario sensu*, que este estaria obrigado a prestar contas à órgãos federais, seja perante a FUNASA, seja perante o Tribunal de Contas da União.

Ademais, para rever tal entendimento e discutir a origem dos recursos e sua integração ao patrimônio municipal, seria necessário o revolvimento do acervo probatório, providência vedada nesta via, porquanto a ilegalidade passível de justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito, que não demandem incursão no acervo probatório constante dos autos.

Esse o entendimento estampado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSO PENAL. FRAUDE À LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESVIO DE RECURSOS DA UNIÃO. INOCORRÊNCIA. VERBA INCORPORADA AO MUNICÍPIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

I - *Eventual irregularidade na aplicação dos recursos em questão, decorrente de supostas fraudes em disputa de licitação, fere diretamente o patrimônio do Município, tudo em decorrência da atuação dos gestores locais.*

II - *A análise do mérito demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, porquanto ausente prova robusta do alegado convênio com o Ministério da Educação e Cultura (MEC) ou de que a verba não foi incorporada ao patrimônio do Município, o que é vedado na estreita via do habeas corpus.*

III - Estando devidamente motivado o *quantum* de pena fixado pelo juízo monocrático, além de proporcional ao caso em apreço, é certo que não se pode utilizar “o *habeas corpus* para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o Paciente” (HC 94.655/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia). IV – Recurso ao qual se nega provimento (RHC 120387, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 18/12/2013, Processo Eletrônico DJe-028 Divulg 10-02-2014 Public 11-02-2014, destaques meus).

No mesmo sentido, o seguinte precedente desta 5ª Turma:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. 1. MANDAMUS UTILIZADO COMO SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. HODIERNO ENTENDIMENTO DO STJ, QUE CONTA COM O LOUVÁVEL REFORÇO DA SUPREMA CORTE. 2. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA ORDEM DE BUSCA E APREENSÃO. EMPREGO DE VERBAS PÚBLICAS FEDERAIS. REVOLVIMENTO DE PROVAS. INVIABILIDADE

NA VIA DO MANDAMUS. 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. Recentemente, este Tribunal Superior passou a negar seguimento e/ou não conhecer de *habeas corpus* voltado à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, por não ser ele substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário, mas, sim, remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade, entendimento esse que conta com o louvável reforço da Suprema Corte.

2. *No caso, tendo o Tribunal de origem rechaçado a alegação de que as investigações se referiam ao emprego de verbas federais, oportunidade em que concluiu “que o mandado de busca e apreensão citado não foi expedido com o fim específico de aquilatar o emprego de verbas federais, mas envolve apuração de irregularidades na realização de licitação pelo Município de Ribeirão das Neves/MG e eventuais prejuízos causados ao erário municipal” (fl. 85), somente o cotejo de fatos e provas poderia desconstituir tal decisão, medida essa, como é cediço, vedada na via estreita do writ.*

3. Não se desconhece o disposto no enunciado nº 122 da Súmula desta Corte, segundo o qual, “compete a Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, “a”, do Código de Processo Penal”.

Contudo, na hipótese, não se vislumbra, ao menos por ora, com a clarividência necessária para a concessão de *habeas corpus* de ofício, comprovação cabal de que se trata de feito de competência da Justiça Federal, de forma que é prematura e precipitada a adoção, por esta Corte Superior, das providências pretendidas pelo agravante, inexistindo óbice a ulterior apreciação, na via adequada, caso haja mudança fática que legitime o interesse impugnatório. Ademais, em regra, o repasse de verbas pela União Federal as torna patrimônio municipal, oportunidade em que a apuração de eventual desvio compete à Justiça Estadual, nos termos do que preconiza o enunciado nº 209 da Súmula desta Corte.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 200.781/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 16/05/2013, DJe 23/05/2013 – destaquei).

Diante de tal quadro, para o eventual reconhecimento de vício de competência, impõe-se ampla dilação probatória, o que ocorrerá caso recebida a denúncia e processada a ação penal, sendo prematuro inferir-se o interesse da União no feito.

Outrossim, se, durante eventual instrução criminal, verificar-se o interesse preponderante da União, providência imediata será o reconhecimento da competência da Justiça Federal, a qual, repito, não é possível vislumbrar nesta oportunidade.

Por fim, considerando o julgamento do presente *writ* e a revogação da medida liminar anteriormente deferida, resta prejudicado o pedido de reconsideração formulado às fls 963/975, bem como o pedido de fls. 986/1012 (desentranhamento da Petição n. 00112800/2014).

Isto posto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*, e REVOGO a decisão liminar de fls. 926/929, autorizando que o inquérito policial retome seu curso, com o eventual recebimento da denúncia (e-STJ).

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Quinta Turma

Número Registro: 2014/0050992-7 Processo Eletrônico HC 290.120/SC
Matéria Criminal

Números Origem: 062012000064396 20120756214 20130821590
285185 62012000064396

Em Mesa Julgado: 18/06/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra Regina Helena Costa
Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze
Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. Guilherme Magaldi Netto
Secretário
Bel. Lauro Rocha Reis

AUTUAÇÃO

Impetrante: Claudio Gastao da Rosa Filho e outros
Advogado: Claudio Gastão da Rosa Filho
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Paciente: Luciano Dal Pizzol (preso)
Corréu: Romildo Luiz Titon
Corréu: Walter Kleber Kucher Junior
Corréu: Ines Terezinha Pegoraro Schons
Corréu: Lucimar Antonio Salmoria
Corréu: Juarez Atanael da Silva
Corréu: Miguel Atilio Roani
Corréu: Vander Schons
Corréu: Luiz Antonio Zanchett
Corréu: Adelio Spanholi
Corréu: Ademir Carniel
Corréu: Alcides Mocelin
Corréu: Andre Jamir Turra
Corréu: Ariel Carlos Caldart
Corréu: Arilton dos Santos Clezar
Corréu: Carlos Alberto Maltauro
Corréu: Claudio Frederico May
Corréu: Egidio Luiz Gritti
Corréu: Elizete Roani
Corréu: Evandro Carlos dos Santos
Corréu: Everaldo Jose Ranson
Corréu: Fabio Bento

Corréu: Fabio Guarezi
Corréu: Fernando Mocelin
Corréu: Gilso Cherobin
Corréu: Giovani Ribeiro Lopes
Corréu: Henrique Elcio Ferreira de Lima
Corréu: Isaias Zaqueu Scolaro
Corréu: Ivandro Zuchi
Corréu: Janice Schlosser Raupp
Corréu: Joao Pedro Velho
Corréu: Jose Alciomar de Matia
Corréu: Juvelino Varela
Corréu: Keni Wilder Muniz
Corréu: Leandro Luis Polina
Corréu: Marcio Geuster
Corréu: Marcos Justino Guarda
Corréu: Neri Luiz Miqueloto
Corréu: Reunildo de Santi
Corréu: Rodrigo Jose Neis
Corréu: Rodrigo Peche
Corréu: Sergio Luiz Schmitz
Corréu: Valmor Pedro Bacca
Corréu: Vanderlei Luiz Raupp
Corréu: Vilmor Kunz
Corréu: Vitor Olimar Minella
Assunto: Direito Penal – Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral – Corrupção Ativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: “A

Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e revogou a liminar anteriormente deferida”.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

RECURSO ESPECIAL

Recurso Especial n. 1.184.867, de Santa Catarina (2010/0041466-7)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Instituto Nacional de Propriedade Industrial Inpi

Procuradores: Liliane Jacques Fernandes e Sálvio Medeiros Costa Filho

Recorrido: Multimed Distribuidora de Medicamentos Ltda.

Advogado: Luiz Renaud Pinto Cunha e outro(s)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. NOME COMERCIAL. MARCAS MISTAS. PRINCÍPIOS DA TERRITORIALIDADE E ESPECIFICIDADE/ESPECIALIDADE. CONVENÇÃO DA UNIÃO DE PARIS - CUP.

1. Não se verifica a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem se pronunciou de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, nos limites do seu convencimento motivado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
2. Não há ilegitimidade passiva do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI em ação ordinária que busca invalidar decisão administrativa proferida pela autarquia federal no exercício de sua competência de análise de pedidos de registro marcário, sua concessão e declaração administrativa de nulidade.
3. A tutela ao nome comercial se circunscreve à unidade federativa de competência da junta comercial em que registrados os atos constitutivos da empresa, podendo ser estendida a todo o território nacional desde que seja feito pedido complementar de arquivamento nas demais juntas comerciais. Por sua vez, a proteção à marca obedece ao sistema atributivo, sendo adquirida

pelo registro validamente expedido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, que assegura ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, nos termos do art. 129, *caput*, e § 1º da Lei n. 9.279/1996 (REsp 1190341/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/12/2013, DJe 28/02/2014 e REsp 899.839/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 17/08/2010, DJe 01/10/2010).

4. O entendimento desta Corte é no sentido de que eventual colidência entre nome empresarial e marca não é resolvido tão somente sob a ótica do princípio da anterioridade do registro, devendo ser levado em conta ainda os princípios da territorialidade, no que concerne ao âmbito geográfico de proteção, bem como o da especificidade, quanto ao tipo de produto e serviço (REsp 1359666/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 10/06/2013).

5. No caso concreto, equivoca-se o Tribunal de origem ao afirmar que deve ser dada prioridade ao nome empresarial em detrimento da marca, se o arquivamento na junta comercial ocorreu antes do depósito desta no INPI. Para que a reprodução ou imitação de nome empresarial de terceiro constitua óbice a registro de marca, à luz do princípio da territorialidade, faz-se necessário que a proteção ao nome empresarial não goze de tutela restrita a um Estado, mas detenha a exclusividade sobre o uso em todo o território nacional. Porém, é incontroverso da moldura fática que o registro dos atos constitutivos da autora foi feito apenas na Junta Comercial de Blumenau/SC.

6. A Convenção da União de Paris de 1883 - CUP deu origem ao sistema internacional de propriedade industrial com o objetivo de harmonizar o sistema protetivo relativo ao tema nos países signatários, do qual faz parte o Brasil (<<http://www.wipo.int/treaties/en>>). É verdade que o art. 8º da dita Convenção estabelece que “O nome comercial será protegido em todos os países da União, sem obrigação de depósito ou de registro, quer faça ou não parte de uma marca de fábrica ou de comércio.” Não obstante, o escopo desse dispositivo é assegurar a proteção do nome empresarial de determinada sociedade em país diverso do de sua origem, que seja signatário da CUP, e não em seu país natal, onde deve-se atentar às leis locais.

7. O artigo 124, XIX, da Lei da Propriedade Industrial veda o registro de marca que reproduza outra preexistente, ainda que em parte e com acréscimo

“suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia”. Sob o enfoque pelo ângulo do direito marcário, a possibilidade de confusão e/ou associação entre as marcas é notória, por possuírem identidade fonética e escrita quanto ao elemento nominativo e ambas se destinarem ao segmento mercadológico médico. Assim, é inviável admitir a coexistência de tais marcas.

8. Ainda que não tivesse sido reconhecido o direito de precedência do registro n. 816805776 para a marca mista MULTIMED, ao contrário do que sugere o Tribunal *a quo*, não seria possível concluir pela nulidade deste. Isso porque tal registro foi concedido em 1994, não sofrendo nenhuma impugnação por parte da autora, seja administrativamente no prazo de seis meses (art. 101 da Lei n. 5.772/1971, correspondente ao atual 169 da Lei n. 9.279/1996), seja judicialmente no prazo de 5 anos, nos termos do art. 174 da Lei n. 9.279/1996. Desse modo, está preclusa a possibilidade de questionar tal registro por meio de processo administrativo de nulidade, bem como por meio de ação de nulidade de registro. Este só poderá ser impugnado por meio de processo administrativo de caducidade e se preenchidos os requisitos legais, nos termos da Lei da Propriedade Industrial.

9. A desconstituição do registro por ação própria é necessária para que possa ser afastada a garantia da exclusividade em todo o território nacional. (REsp 325158/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 10/08/2006, DJ 09/10/2006, p. 284 e REsp 1189022/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 02/04/2014).

10. No decorrer de processo administrativo de nulidade já instaurado, afigura-se temerária a conduta do titular de marca registrada que firma contrato de licenciamento com terceiro, tanto mais se não informar este acerca do óbice sofrido pelo registro marcário. Não há nexo de causalidade entre decisão proferida pelo INPI de concessão do registro marcário, posteriormente invalidada por meio de regular processo administrativo, e a desistência de terceiro em prosseguir com o licenciamento desta marca, ao tomar conhecimento de que a sua titular respondia ao referido processo administrativo de nulidade.

11. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo (Presidente), Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de maio de 2014 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Luis Felipe Salomão (Relator):

1. Multimed Distribuidora de Medicamentos Ltda. ajuizou ação em face de Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI objetivando o restabelecimento de seu registro para a marca mista MULTIMED (n. 820713473) na referida autarquia. Aduz que efetuou o depósito da marca em 9/6/1998 (e registro em 17/10/2000), todavia, em decorrência de procedimento administrativo de nulidade movido por Multiclínica Serviços de Saúde Ltda., o registro foi cancelado. Alternativamente, pretende a condenação do INPI a indenizá-la, nos termos do art. 944 do Código Civil.

A tutela antecipada foi concedida.

O Juízo da 2ª Vara Federal de Blumenau/SC julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o INPI a indenizar a autora pelos prejuízos sofridos em razão da ruptura de contrato de licenciamento da marca mista MULTIMED, firmado pela autora com terceiro, motivada pelo fato de o registro marcário daquela ter sido atacado por processo administrativo de nulidade.

Interpostas apelações por ambas as partes, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu provimento à apelação da Multimed Distribuidora de Medicamentos Ltda. e negou provimento à apelação do INPI. A decisão tem a seguinte ementa (fls. 1.013-1.021):

ADMINISTRATIVO. NOME COMERCIAL/EMPRESARIAL. AGENTE ECONÔMICO NO MERCADO. IDENTIFICAÇÃO. PROTEÇÃO. CONVENÇÃO DE PARIS. REGISTRO COMERCIAL ANTERIOR AO REGISTRO MARCARIO.

1.- O nome empresarial, que identifica o agente econômico no mercado, goza de ampla proteção nos termos do art. 8º da Convenção de Paris, da Lei 8.934/94, art. 33 e da cláusula de irregistrabilidade constante no art. 124, V, da Lei 9.279/96.

2.- A autora efetuou o registro dos seus atos constitutivos na Junta Comercial de Blumenau/SC em 18.12.1987 e a ré Multiclínica efetuou o depósito do registro da marca no INPI em 1992, obtendo-o em 1994.

3.- O registro do nome comercial/empresarial foi anterior ao registro marcário, de modo que aquele merece ser protegido.

Opostos embargos de declaração pelo INPI, foram rejeitados (fls. 1.029-1.034).

Interpôs, então, recurso especial com fundamento no art. 105, inciso II, alínea “a” da Constituição Federal sustentando violação ao art. 535, II do CPC, bem como ofensa aos artigos 267, § 3º, do CPC, 129, *caput*, 174, § 1º e 168 a 175 da Lei n. 9.279/1996, 8º da Convenção de Paris e 33 da Lei n. 8.934/1994.

Alega que a legitimidade das partes pode ser arguida em qualquer tempo e grau de jurisdição e, portanto, consigna que não pode ser réu no processo, porquanto não possui interesse tutelado diretamente pela presente ação.

Sustenta que o direito marcário se vale do sistema atributivo, o que significa dizer que o signo é dado a quem primeiro o reivindicar. Ressalta que a marca registrada em nome de Multiclínica Serviços de Saúde Ltda. não pode mais ser questionada, pois já transcorreu o prazo de 5 (cinco) anos para propor ação de nulidade. Assim, teria havido preclusão de seu direito.

Aduz que as atividades das empresas são afins, podendo trazer confusão aos consumidores.

Esclarece ser equivocada a aplicação do art. 8º da Convenção de Paris – CUP, porquanto esta visa regulamentar as marcas em âmbito internacional e não o conflito entre marcas dentro de um país.

Pondera não ser o caso de aplicação do art. 33 da Lei n. 8.934/1994, que trata do Registro Público de Empresas Mercantis, matéria diversa do objeto da ação.

O recurso recebeu crivo de admissibilidade positivo na origem (fls. 1.088-1.089).

Contrarrazões às fls. 1.052-1.086.

É o relatório.

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. NOME COMERCIAL. MARCAS MISTAS. PRINCÍPIOS DA TERRITORIALIDADE E ESPECIFICIDADE/ESPECIALIDADE. CONVENÇÃO DA UNIÃO DE PARIS – CUP.

1. Não se verifica a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem se pronunciou de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, nos limites do seu convencimento motivado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. Não há ilegitimidade passiva do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI em ação ordinária que busca invalidar decisão administrativa proferida pela autarquia federal no exercício de sua competência de análise de pedidos de registro marcário, sua concessão e declaração administrativa de nulidade.
3. A tutela ao nome comercial se circunscreve à unidade federativa de competência da junta comercial em que registrados os atos constitutivos da empresa, podendo ser estendida a todo o território nacional desde que seja feito pedido complementar de arquivamento nas demais juntas comerciais. Por sua vez, a proteção à marca obedece ao sistema atributivo, sendo adquirida pelo registro validamente expedido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, que assegura ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, nos termos do art. 129, *caput*, e § 1º da Lei n. 9.279/1996 (REsp 1190341/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/12/2013, DJe 28/02/2014 e REsp 899.839/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 17/08/2010, DJe 01/10/2010).
4. O entendimento desta Corte é no sentido de que eventual colidência entre nome empresarial e marca não é resolvido tão somente sob a ótica do princípio da anterioridade do registro, devendo ser levado em conta ainda os princípios da territorialidade, no que concerne ao âmbito geográfico de proteção, bem como o da especificidade, quanto ao tipo de produto e serviço (REsp 1359666/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 10/06/2013).
5. No caso concreto, equivoca-se o Tribunal de origem ao afirmar que deve ser dada prioridade ao nome empresarial em detrimento da marca, se o arquivamento na junta comercial ocorreu antes do depósito desta no INPI. Para que a reprodução ou imitação de nome empresarial de terceiro constitua óbice a registro de marca, à luz do princípio da territorialidade, faz-se necessário que a proteção ao nome empresarial não goze de tutela restrita a um Estado, mas detenha a exclusividade sobre o uso em todo o território nacional. Porém, é incontroverso da moldura fática que o registro dos atos constitutivos da autora foi feito apenas na Junta Comercial de Blumenau/SC.
6. A Convenção da União de Paris de 1883 – CUP deu origem ao sistema internacional de propriedade industrial com o objetivo de harmonizar o sistema protetivo relativo ao tema nos países signatários, do qual faz parte o

Brasil (<<http://www.wipo.int/treaties/en>>). É verdade que o art. 8º da dita Convenção estabelece que “O nome comercial será protegido em todos os países da União, sem obrigação de depósito ou de registro, quer faça ou não parte de uma marca de fábrica ou de comércio”. Não obstante, o escopo desse dispositivo é assegurar a proteção do nome empresarial de determinada sociedade em país diverso do de sua origem, que seja signatário da CUP, e não em seu país natal, onde deve-se atentar às leis locais.

7. O artigo 124, XIX, da Lei da Propriedade Industrial veda o registro de marca que reproduza outra preexistente, ainda que em parte e com acréscimo “susceptível de causar confusão ou associação com marca alheia”. Sob o enfoque pelo ângulo do direito marcário, a possibilidade de confusão e/ou associação entre as marcas é notória, por possuírem identidade fonética e escrita quanto ao elemento nominativo e ambas se destinarem ao segmento mercadológico médico. Assim, é inviável admitir a coexistência de tais marcas.

8. Ainda que não tivesse sido reconhecido o direito de precedência do registro n. 816805776 para a marca mista MULTIMED, ao contrário do que sugere o Tribunal *a quo*, não seria possível concluir pela nulidade deste. Isso porque tal registro foi concedido em 1994, não sofrendo nenhuma impugnação por parte da autora, seja administrativamente no prazo de seis meses (art. 101 da Lei n. 5.772/1971, correspondente ao atual 169 da Lei n. 9.279/1996), seja judicialmente no prazo de 5 anos, nos termos do art. 174 da Lei n. 9.279/1996. Desse modo, está preclusa a possibilidade de questionar tal registro por meio de processo administrativo de nulidade, bem como por meio de ação de nulidade de registro. Este só poderá ser impugnado por meio de processo administrativo de caducidade e se preenchidos os requisitos legais, nos termos da Lei da Propriedade Industrial.

9. A desconstituição do registro por ação própria é necessária para que possa ser afastada a garantia da exclusividade em todo o território nacional (REsp 325158/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 10/08/2006, DJ 09/10/2006, p. 284 e REsp 1189022/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 02/04/2014).

10. No decorrer de processo administrativo de nulidade já instaurado, afigura-se temerária a conduta do titular de marca registrada que firma contrato de licenciamento com terceiro, tanto mais se não informar este acerca do óbi-

ce sofrido pelo registro marcário. Não há nexó de causalidade entre decisão proferida pelo INPI de concessão do registro marcário, posteriormente invalidada por meio de regular processo administrativo, e a desistência de terceiro em prosseguir com o licenciamento desta marca, ao tomar conhecimento de que a sua titular respondia ao referido processo administrativo de nulidade.

11. Recurso especial provido.

VOTO

O Senhor Ministro Luis Felipe Salomão (Relator):

2. De plano, não se verifica a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem se pronunciou de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, nos limites do seu convencimento motivado.

Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. A questão em exame é relativa a conflito entre as marcas mistas MULTIMED, de titularidade da Multimed Distribuidora de Medicamentos Ltda. (Reg. *Sub judice* n. 820713473), sociedade cujos atos constitutivos foram registrados na Junta Comercial de Blumenau/SC em 18/12/1987 e de titularidade de Multimed Medicina do Trabalho Ltda. (Reg. n. 816805776), transferida pela Multiclínica Serviços de Saúde Ltda., sociedade cujos atos constitutivos foram registrados em Junta Comercial no Rio Grande do Sul.

O Juízo de piso asseverou (fls. 912-923):

Em exame de cognição sumária foi concedida a tutela antecipada nos seguintes termos (fls. 385/386):

“Em juízo provisório de apreciação, entendo assistir razão à Autora, haja vista que tem como objeto social a exploração e distribuição de medicamentos e perfumarias (cláusula III, 6.^a alteração contratual - f 175), sendo que a empresa MULTICLÍNICA SERVIÇOS DE SAÚDE LTDA atua com planos de saúde, prestação de serviços em atividades pertinentes a serviços hospitalares em geral, serviços médicos, ambulatoriais e fisioterapias (f 270 - alteração datada de 14/06/2004).

Não há, portanto, em uma análise superficial, a possibilidade de confusão entre as respectivas especialidades no que diz respeito ao seu público específico. Presente, outrossim, o risco de dano de difícil reparação no caso de postergação da decisão apenas para o final da instrução.

DECISÃO

Pelo exposto, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA nos termos em que requerida, determinando que o Réu INPI restabeleça o registro n.º 820713473.

Citem-se. Oficie-se como requerido”.

Contudo, não há fundamento jurídico para manter o aludido provimento judicial, porquanto o caso dos autos demonstra *clara e inequívoca colidência de marcas*, razão pela qual o *desfecho deve se dar de acordo com a precedência do depósito da marca MULTIMED no INPI. Isto porque, modificando o sistema adotado nas leis anteriores, a Lei 9.279/96, atualmente reguladora dos direitos e das obrigações relativos à propriedade industrial do Brasil, para reforçar a autoridade do INPI, privilegia a data do depósito sobre a data da criação* (ou seja, legalmente, inventor não é quem cria, mas quem deposita primeiro!). Substituiu o sistema do *first-to-invent* (primeiro a inventar) pelo *first-to-file* (primeiro a arquivar, a depositar). Nas patentes isso fica claro no art. 7º (“Se dois ou mais autores tiverem realizado a mesma invenção ou modelo de utilidade, de forma independente, o direito de obter patente será assegurado àquele que provar o depósito mais antigo, independentemente das datas de invenção ou criação” – grifado).

Já em relação às marcas não há uma norma equivalente, mas o art. 124 da Lei 9.279/96 traz diversas proibições, inclusive invertendo o ônus da prova da boa-fé, no inciso XXIII (aquele que pediu o registro de marca que já tenha similar existente em sua atividade deve provar que não agiu de má-fé). *De qualquer forma, o art. 129, § 1º permite concluir pela existência e direito de precedência, pois estabelece que:*

“§ 1º Toda pessoa que, de boa fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro”.

Na espécie, *a autora MULTIMED DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA. efetuou o depósito da marca em 09/06/1998, sob o nº 820713473 (certificado de fl. 67), época em que a demandada MULTICLÍNICA SERVIÇOS DE SAÚDE LTDA. já possuía inclusive o registro da marca MULTIMED, concedido em 22/03/1994, com depósito em 03/07/1992 (certificado de fl. 437 e certificado do 2º decênio, com vigência até 2014 na fl. 439).*

Assim, por força do art. 129 da Lei 9.279/96 a demandada MULTICLÍNICA é a proprietária da marca MULTIMED, ante a precedência do registro:

“Art. 129. *A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, 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 [grifado]” Não procede a alegação da autora segundo a qual as marcas registradas referem-se a classes distintas, o que permitiria o registro das duas, pois ambas as sociedades atuam no ramo da prestação de serviços, segundo a classificação adotada pelo INPI – vide tabela da Classificação Nacional de Produtos e Serviços disponibilizada no endereço da rede mundial de computadores: http://www.inpi.gov.br/menuesquerdo/marca/dirma_classificacao/oculto/nacional, o que não autorizaria a exploração simultânea da marca, sob pena de afronta ao art. 124 XIX da Lei 9.279/96, ao dispor que:*

“Art. 124. Não são registráveis como marca:

XIX - *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;”

E, na decisão proferida pelo INPI no processo administrativo que nulificou o registro da autora ficou bem demonstrado que a marca MULTIMED já pertencia à também prestadora de serviços médicos MULTICLÍNICA, que precedeu o registro do aludido signo. Confira-se:

“Assim, examinando o ato concessório do registro de marca e as razões que fundamentaram o requerimento da sua nulidade, em consonância com o parecer técnico exarado pela Diretoria de Marcas, concluímos pela procedência destas, por entendermos, s. m.j., que o registro efetivamente infringe o dispositivo legal argüido na nulidade, visto que o sinal ‘MULTIMED’ (classe 40.15) reproduz totalmente a marca ‘MULTIMED’ (classe 39.10/20), anteriormente registrada por terceiros, sob o nº 816.805.776, que visa distinguir *serviços que guardam afinidade mercadológica* (fl. 152).”

Tanto a autora MULTIMED quanto a requerida MULTICLÍNICA são prestadores de serviços. A primeira tem por objeto *“a distribuição de medicamentos e perfumaria”* (contrato social – fl. 58) e a segunda, conforme descrito nos seus atos constitutivos, *trabalha com “planos de saúde, prestação de serviços em atividades pertinentes e serviços hospitalares em geral, serviços médicos e ambulatórios, fisioterapias e odontológicos em geral”* (fl. 433).

É inegável que há afinidade entre os serviços prestados, pois as duas sociedades atuam no ramo da medicina, uma prestando serviços médicos e a outra fornecendo medicamentos. Neste contexto, a vedação ao uso simultâneo da marca MULTIMED é importante porque a Lei 9.279/96 (no art. 124 XIX acima citado) também procura evitar a ocorrência de confusão ou associação com marca alheia.

Subsidiariamente, a Lei 9.279/96 ainda reprime a concorrência desleal (art. 2º V) e, na espécie, a finalidade em se vedar a duplicidade de registros em relação à mesma marca é evitar confusão aos consumidores e entre as próprias sociedades empresárias.

Assim, ao contrário da pretensão exordial, somente seria possível a aplicação do princípio da especialidade/especificidade acaso houvesse diferença substancial entre o objeto social das sociedades. Vale dizer, tanto a autora como a demandada atuam no mesmo ramo de atividade – PRESTAÇÃO DE

SERVIÇOS RELACIONADOS A MEDICINA. A MULTIMED fornece medicamentos e a MULTICLÍNICA presta serviços médicos. Desta forma, a utilização simultânea da marca poderia causar transtorno aos destinatários dos serviços (v.g. o paciente da MULTICLÍNICA poderia imaginar que os medicamentos da MULTIMED também são distribuídos ou produzidos pela autora).

Igualmente, para fins de classificação, inexistente diferença entre as atividades prestadas pelas litigantes, pois a tabela do INPI estabelece a classe 39 (PERTENCENTE À MULTICLÍNICA) para “Serviços médicos, odontológicos, veterinários e de psicologia, fisioterapia, fonoaudiologia, assistência social, biologia e auxiliares” ao passo que a classe 40 é residual – por isso encontra-se na mesma categoria – na medida em que “compreende serviços não previstos nas classes 36, 37, 38, 39 e 41” (vide http://www.inpi.gov.br/menuesquerdo/marca/dirma_classificacao/oculto/nacional). Vale dizer, a diferença numérica não altera a categoria discutida, já que, na espécie, tanto a autora quanto a demandada são de prestadores de serviços em área afim.

Neste contexto, não há como reconhecer o pedido de restabelecimento da marca MULTIMED em favor da autora, pois fora concedida pelo INPI em afronta ao art. 124 XIX da Lei 9.279/96, incidindo, na hipótese, o art. 165 do mesmo diploma legal (“É nulo o registro que for concedido em desacordo com as disposições desta Lei”).

- Indenização.

Sucessivamente, a autora postulou a condenação do INPI ao pagamento de indenização pelos danos decorrentes da nulidade do registro, pois havia licenciado a terceiro o uso da marca MIULTIMED.

O pleito indenizatório foi direcionado apenas em relação ao INPI, conforma se verifica na causa de pedir. Assim, tem-se, na espécie, hipótese de responsabilidade civil do Estado, que vem assentada no art. 37, § 6º, da Constituição da República:

“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”.

Costuma-se classificar a responsabilidade civil em subjetiva ou objetiva. Nesta, como é o caso da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, o dever de reparar não tem como fundamento a culpa, mas o dano causado. Arnaldo Rizzardo situa assim a responsabilidade objetiva:

[...]

A objetivação da responsabilidade civil tem como princípio a idéia de que todo risco deve ser garantido, enfatizando-se o caráter da equidade que permeia as atividades humanas, de forma que aqueles que obtêm lucro em determinadas situações devem responder pelos riscos e desvantagens da atividade.

Responsabilidade objetiva é a responsabilidade sem culpa. Wilson Melo da Silva apresenta seus elementos basilares: a paz social, a solidariedade, o bem comum e a equidade. É objetiva porque decorre do dano e não exige imputação. Seja com fundamento no risco, seja na atividade, seja, enfim, por qualquer outro, a responsabilidade objetiva diferencia-se, fundamentalmente, da subjetiva, por dispensar a ocorrência da culpa (*latu sensu*), contentando-se com a existência do dano.

Não há como negar que a responsabilidade estatal, bem como a responsabilidade daqueles que prestam serviços públicos, evoluiu *pari passu* com a própria evolução da concepção de Regime Jurídico Administrativo. E, tal coincidência deve-se em face de que os elementos formadores do referido regime (prerrogativas e sujeições) compõem, do mesmo modo, a base teórica do que se denomina Responsabilidade Civil do Estado.

A Administração Pública atravessou estágios diversos acerca da sua responsabilização civil por danos advindos da sua atividade, alcançando, atualmente, a teoria do risco administrativo, que prevalece no direito pátrio desde a Constituição de 1946 e prescreve a responsabilidade pelo risco, sendo a administração pública e todos aqueles que prestam serviços públicos responsáveis objetivamente pela indenização dos danos sofridos pelo administrado, por fato do serviço.

Com relação à teoria do risco administrativo, concebida por Leon Duguit, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, bem como, o caso fortuito ou força maior, afasta o dever de indenizar. Assenta-se na existência de relação de causa e efeito entre a atividade estatal e o dano causado. Sem essa relação

de causalidade, não há como e nem por que responsabilizar o ente público.

Em resumo, a teoria do risco significa que as pessoas jurídicas de direito público (tal qual o INPI) e as de direito privado prestadoras de serviços públicos arcam com os riscos inerentes à atuação, daí que a vítima, em razão de sua presumida vulnerabilidade, está dispensada de provar a culpa.

De outro lado, a responsabilidade objetiva não tem aplicação aos atos omissivos estatais. Conforme lição de Lucia Valle Figueiredo “ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva” (Curso de Direito Administrativo. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 260).

A mesma autora prossegue:

[...]

O Supremo Tribunal Federal também já consagrou o entendimento de que o Estado responde subjetivamente nos casos de omissão:

“[...] tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes: negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la [...]” (RE 179.147-1, 2ª T, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 2 7/02/1998, p. 18)

O Superior Tribunal de Justiça, ainda, em diversas oportunidades, confirmou essa orientação, cabendo aqui fazer referência ao REsp 418.71 3/SP, Rel. Franciulli Netto; 2ª T., unân., julg. em 20.5.2003, DJU 8.9.2003.

- Requisitos da responsabilidade civil do Estado.

Para que haja a obrigação de indenizar, é necessário que estejam presentes os seguintes pressupostos, na visão de Fernando Noronha:

[...]

Adverte ainda o citado autor:

[...]

Assim, considerado a última observação do autor acima citado, serão inves-

tigados no presente caso os três principais elementos apontados pela doutrina e pela jurisprudência como necessários à responsabilidade civil objetiva, quais sejam, o ato/fato ilícito ou ação da administração, o dano e o nexo de causalidade.

- Análise específica dos requisitos da responsabilidade civil.

- Ação da administração.

Na espécie, o fato causador do dano tem por origem a ação do INPI que registrou indevidamente em favor da autora a marca MULTIMED), que já pertencia à co-demandada MULTICLÍNICA. Ou seja, faltou diligência à autarquia demandada, porquanto deferiu equivocadamente o pedido da autora, frustrando a expectativa decorrente do uso da marca.

- Dano.

O dano restou comprovado tão-somente em relação ao contrato de licenciamento da marca MULTIMED.

Vale dizer, a autora comprovou apenas que sofreu prejuízo com o cancelamento do registro da marca relativamente ao contrato de fls. 354/364 em que licenciou o uso da marca em favor de MULT-EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA.

Inexiste, na causa de pedir, qualquer outro dano mencionado pela parte autora, razão pela qual a liquidação do dano ficará limitada ao contrato acima mencionado.

- Nexos de causalidade.

Para fim de determinação do nexo de causalidade, adota-se na ordem jurídica pátria a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal – conforme art. 403 do CC/2002 – posição adotada pelo ST17, manifestada no voto do Min. Carlos Velloso no RE nº 409.203/RS, noticiado no Informativo 391:

[...]

De fato, se é a teoria do dano direto e imediato a adotada no ordenamento jurídico brasileiro não há como entender que a responsabilidade estaria presente caso se pudesse ampliar para causas secundárias ou indiretas.

Na espécie, está claro que existiu o liame entre a ação administrativa do INPI e o dano provocado à parte autora, que certamente não teria licenciado o uso da marca MULTLMED acaso a autarquia não a tivesse registrado em seu favor.

Neste contexto, encontram-se presentes os requisitos da responsabilidade, devendo, portanto, o INPI indenizar o dano causado.

[...]

O *quantum* indenizatório deverá ser apurado na fase de liquidação de sentença.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO para resolver o processo (art. 269 I do CPC) e condenar o INPI a indenizar MULTIMED DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA. pelos prejuízos sofridos em razão do contrato de licenciamento da marca MULTIMED, celebrado com MULTI-EXPRESS MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS LTDA. em 03/05/2002.

O valor da indenização será apurado em liquidação de sentença.

Condeno a autora ao pagamento dos honorários advocatícios do patrono da demandada MULTICLÍNICA em R\$ 1.500,00, observados 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 (art. 20 do CPC).

Tendo em vista a sucumbência recíproca entre a autora e o INPI determino a compensação recíproca e proporcional dos honorários advocatícios (art. 21 *caput* do CPC).

Custas na forma da lei. Publique-se. Registre-se. Intime-se. Após a interposição de eventual recurso ou o decurso dos prazos, oficie-se ao Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Blumenau, encaminhando cópia da sentença.

De forma diversa, o acórdão recorrido dispôs (fls. 1.013-1.021):

Adoto a motivação do parecer exarado pelo Exmo. Procurador Regional da República, Dr. João Heliofar de Jesus Villar, como razão de decidir, *in verbis*:

“(…)

Um dos fundamentos utilizados pela autora para o restabelecimento da licença do uso da marca Multimed, é aplicação dos princípios da especialidade/especificidade, pois, ao seu ver, as empresas envolvidas – autora e Multiclínica – desempenham suas atividades em ramos distintos.

A autora desenvolve suas atividades no ramo de ‘distribuição de medicamentos e perfumaria’, conforme se vê do contrato social da fl. 58 e a empresa Multiclínica trabalha com ‘planos de saúde, prestação de serviços e atividades pertinentes a serviços hospitalares em geral, serviços médicos e ambulatorios, fisioterapias e odontológicos em geral’ (cópia do contrato social na fl. 433).

Como se percebe, embora as atividades desenvolvidas pelas empresas não sejam idênticas, a atuação se dá no mesmo segmento mercadológico, portanto os produtos e serviços distribuídos pelas empresas apresentam determinado grau de afinidade. E evidente que a atividade desenvolvida no mesmo segmento pode trazer confusão aos consumidores. Essa possível confusão justifica a utilização da marca Multimed por apenas uma das empresas.

Nesse quadro e definida que a utilização da marca Multimed só poderá ser realizada por uma das empresas, resta estabelecer o critério para definir qual das empresas poderá continuar com a utilização da marca.

(…)

No caso dos autos, o registro de marca da Multimed foi concedido à empresa Multiclínica em 1994, com depósito em 1992 (fls. 437 e 439), época em que estava em vigor a Lei n 5.772/71. Se uma outra entidade estivesse usando a marca sem registro, poderia disputar a precedência até 90 dias depois da concessão do registro à Multiclínica. Passados estes 90 dias, preclui o direito de impugnar o registro de marca feito pelo primeiro requerente. A autora/recorrente efetuou o depósito da marca só em 1998 (fl. 67) muito depois do prazo de 90 dias estabelecido no art. 79, §§ 4º e 5º, da Lei nº 5.772/71, razão pela qual não lhe é assegurado o direito de invocar o direito de precedência de uso de marca, estabelecido no art. 129, § 1º, da Lei nº 9.279/96.

Mas isso não resolve tudo. Digo isso, porque o panorama muda quando se

trata de proteção ao nome comercial/empresarial. A esse respeito, destaco respectivamente o art. 8º da Convenção de Paris, internalizada através do Decreto 635, de 21 de agosto de 1992, art. 33 da Lei 8.934/94 e art. 124, inciso V, da Lei 9.279/96 (LPI), do seguinte teor:

‘Art. 8º. nome comercial será protegido em todos os países da União, sem obrigação de depósito nem de registro, quer faça ou não parte de uma marca de fábrica ou de comércio’.

‘Art. 33. A proteção ao nome empresarial decorre automaticamente do arquivamento dos atos constitutivos de firma individual e de sociedades, ou de suas alterações’.

‘Art. 124. Não são registráveis como marca:

(...)

V- reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos; (...).’

Percebe-se facilmente que o nome empresarial, que identifica o agente econômico no mercado, goza de ampla proteção nos termos do art. 8º da Convenção Unionista de Paris (Decreto 635/92), da Lei 8.934/94, art. 33 e da cláusula de irregistrabilidade constante no art. 124, V, da Lei 9.279/96.

No caso dos autos, a autora/recorrente efetuou o registro dos seus atos constitutivos na Junta Comercial de Blumenau/SC em 18.12.1987 (fl. 56) e a Multiclínica efetuou o depósito do registro da marca no INPI em 1992, obtendo-o em 1994. Disso resulta que o registro do nome comercial/empresarial foi anterior ao registro marcário.

Disso resulta a conclusão de que houve a reprodução pela ré/apelada Multiclínica, no registro de sua marca no INPI, de elemento característico de nome empresarial pertencente a outra entidade, de modo que o registro marcário Multimed efetuado pela empresa Multiclínica não poderia ter sido realizado, uma vez que em desacordo com o disposto no art. 8º da Convenção de Paris, 33 da Lei 8.934/94 e 124, inciso V, da Lei 9.279/98.

Nesse panorama e, considerando-se a proteção ao nome comercial/empresarial, penso deva ser reconhecido à autora/apelante o direito de ver restabele-

cido o direito ao uso do nome de sua empresa- Multimed (nº 820713473), o que, na verdade, implica a nulidade da marca Multiclínica. A Multiclínica não poderia atribuir à sua marca, o nome de uma empresa já existente.

(...)"

Destaco que deve ser dada prioridade ao nome comercial/empresarial em face da marca se o arquivamento ocorreu antes do depósito da marca.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ratifica o entendimento supra declinado, senão vejamos:

“RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 458 E 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. REGISTRO NO INPI, PRINCÍPIO DA ESPECIFICIDADE UTILIZAÇÃO DE NOME CIVIL COMUM AOS SÓCIOS DAS SOCIEDADES COMERCIAIS EM LITÍGIO (‘ARMELIN’). IMPOSSIBILIDADE, DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. PREJUÍZOS CAUSADOS A RECORRIDA E IMITAÇÃO DE MARCA.

1. (...)

2. O registro da recorrida junto ao INPI na classe 38.60 - serviços de alimentação – da Tabela Nacional de Classificação, vigente à época do depósito, tem o condão de proteger sua marca, pois atua no ramo de confeitarias, o qual, quando do registro, não gozava de proteção específica. Há, ainda, pedido de registro, por parte da recorrida, na Classe 30 da 70 Edição da Tabela Internacional de Classificação (relativa, dentre outros, ao ramo de confeitaria), dependente apenas de providências finais.

Opera, pois, a seu favor o princípio da especificidade.

3. Ademais, esta Quarta Turma já decidiu que ‘*vige no Brasil o sistema declarativo de proteção de marcas e patentes, que prioriza aquele que primeiro fez uso da marca, constituindo o registro no órgão competente mera presunção, que se aperfeiçoa pelo uso*’ (REsp 964. 750/SP, DJ de 24.09.2007). Neste passo, e tendo concluído o aresto impugnado que a recorrida foi quem primeiro iniciou as atividades no ramo de confeitaria (conclusão inalterável em sede especial, a teor da súmula 0 7 desta Corte), merece esta a proteção de seus serviços.

4. Consoante melhor doutrina, ‘qualquer tentativa de registro ou mesmo da utilização pelos homônimos ou por terceiros que tenham nomes semelhantes, deverá, logicamente, ser rechaçada em razão do disposto no artigo 65, nº 17, da Lei nº 5. 772/71, que trata especificamente da reprodução e da imitação de marca anteriormente registrada’.

5. Assim, correto o aresto impugnado ao vedar o uso do nome ‘Armelin’ pela ora recorrente no que concerne ao ramo de confeitaria, uma vez demonstrados tanto o prejuízo sofrido pela recorrida, decorrente da confusão ocasionada aos consumidores, quanto a clara imitação de marca (conclusões, novamente, inalteráveis nesta sede, ut súmula 07/S TJ).

6. Recurso especial não conhecido (REsp 1034650/RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 08/04/2008, DJe 22/04/2008. Destaqueei)”.
Destarte, *acolhido o pedido principal, resta prejudicado o pedido indenizatório subsidiário.*

Modificada a solução da lide, inverte o pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono da autora, mantidos o arbitramento constante na sentença recorrida.

Quanto ao questionamento, não há necessidade do julgador mencionar os dispositivos legais e constitucionais em que fundamenta sua decisão, tampouco os citados pelas partes, pois o enfrentamento da matéria através do julgamento feito pelo Tribunal justifica o conhecimento de eventual recurso pelos Tribunais Superiores (STJ, EREsp nº 155.621 -SP, Corte Especial, Rei. Min Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 13-09-99).

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação da autora e negar provimento à apelação do réu.

4. Primeiramente, observo que a recorrente aduz não ser parte legítima para figurar como ré em ação em que se busca anular um registro, sob pena de violação ao art. 175 da Lei n. 9.279/1996, porquanto a atuação do INPI é limitada à mera intervenção no feito ou à condição de autor.

O dispositivo tido por violado tem a seguinte redação: “Art. 175. A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da justiça federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito”.

Equivocada a argumentação da recorrente no ponto, observada a máxima vênia.

Isso porque não se trata propriamente de ação de nulidade de registro marcário, mas sim de ação em que a autora busca anular decisão do INPI proferida em processo administrativo em que foi declarado nulo o registro n. 820713473 para a marca mista MULTIMED, em face da precedência do registro n. 816805776 para a marca mista MULTIMED. Alternativamente, busca a autora ser indenizada pela ruptura do contrato de licenciamento da marca firmado com terceiro, supostamente ocorrida após este tomar conhecimento do processo administrativo de nulidade instaurado pela Multiclínica Serviços de Saúde Ltda.

Não há, pois, ilegitimidade passiva do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI em ação ordinária que busca invalidar decisão administrativa proferida pela autarquia federal no exercício de sua competência de análise de pedidos de registro marcário, sua concessão e declaração administrativa de nulidade.

A esse respeito, destaco o seguinte precedente em que se verifica a legitimidade de autarquia para figurar no polo passivo de ação que pretende a nulidade de ato administrativo por ela exarado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RÁDIO COMUNITÁRIA. LACRE, PELA ANATEL. LEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA.

1. *A ANATEL tem legitimidade passiva para figurar no pólo passivo de demanda em que se pretende a declaração de nulidade do ato administrativo que determinou o lacre de rádio comunitária.*

2. Inexistência de litisconsorte passivo necessário da União na hipótese, pois a questão está *restrita ao exercício da competência fiscalizatória da autarquia*, consoante as disposições da Lei 9.472/97.
3. Recurso especial não provido (REsp 1001575/PI, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 07/05/2009, DJe 25/05/2009).

Ainda que se tratasse de ação de nulidade de registro propriamente dito, não há como negar a legitimidade do INPI para figurar no polo passivo; porquanto, ao contrário do que defende a recorrente, há interesse da autarquia na convalidação de sua decisão proferida em processo administrativo de nulidade, tendo em vista que a invalidação implicará comando ao INPI para que, em cumprimento à sentença, desconstitua o registro anteriormente proferido.

Nessa linha, José Antonio Lisboa Neiva, citando Lelio Schmidt, arremata:

Sobre o tema, ressaltou Lélío Denicoli Schmidt:

Quanto à circunstância do INPI poder ocupar o pólo ativo ou passivo da ação de nulidade, isto não é de causar estranheza. A sua posição inicialmente é a de réu: foi ele quem concedeu indevidamente o registro ou o privilégio a outrem, devendo, pois, ser necessariamente colocado no pólo passivo.

Contudo, por imposição da regra segundo a qual faculta-se à Administração Pública proceder à invalidação de seus atos (Súmula 346 do STF), conferiu-se ao INPI legitimidade ativa para ajuizar a ação de nulidade.

Contudo, se a autarquia não toma essa iniciativa (...) deve, portanto, ser incluída como ré (NEIVA, José Antonio Lisboa. *Questões processuais envolvendo propriedade industrial*. Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil. Ano 20. N. 68. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2001).

5. Ademais, sustenta a recorrente, ainda, violação aos arts. 129, ca-

put, e § 1º, art. 174, 168 a 175 da Lei n. 9.279/1996, art. 8º da Convenção de Paris e 33 da Lei 8.934/1994.

Para tanto, aduz que o direito marcário brasileiro se vale do sistema atributivo, o que significa dizer que o signo é dado a quem primeiro o vindicar, bem como argumenta que houve preclusão do direito da autora de combater a marca MULTIMED, registrada sob o n. 816805776, em nome de Multiclínica Serviços de Saúde Ltda., posteriormente cedida à Multimed Medicina do Trabalho Ltda. Pondera, ainda, ser equivocada a aplicação do art. 8º da Convenção de Paris – CUP, porquanto esta visa regulamentar as marcas em âmbito internacional e não o conflito entre marcas dentro do país.

Sobre o assunto, verifico que o Tribunal de origem asseverou que a autora/recorrida efetuou o registro dos seus atos constitutivos na Junta Comercial de Blumenau/SC em 18/12/1987, tendo a Multiclínica Serviços de Saúde Ltda., sociedade sediada no Rio Grande do Sul, efetuado depósito para a marca MULTIMED em 1992 e obtido o registro marcário em 1994. Assim, no entender da instância *a quo*, em face da proteção ao nome empresarial, haveria prioridade da autora/recorrida e em verdade, o registro precedente para a marca MULTIMED (n. 816805776), de titularidade da Multiclínica, é que deveria ser anulado.

5.1 A tutela ao nome comercial, no âmbito da propriedade industrial, assim como à marca, tem como fim maior obstar o proveito econômico parasitário, o desvio de clientela e a proteção ao consumidor.

Não obstante, as formas de proteção ao nome empresarial e à marca comercial não se confundem.

A tutela àquele se circunscreve à unidade federativa de competência da junta comercial em que registrados os atos constitutivos da empresa, podendo ser estendida a todo o território nacional desde que seja feito pedido complementar de arquivamento nas demais juntas comerciais.

Por sua vez, a proteção à marca obedece ao sistema atributivo, sendo adquirida pelo registro validamente expedido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, que assegura ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, nos termos do art. 129, *caput*, e § 1º da Lei n. 9.279/1996 (REsp 1190341/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/12/2013, DJe 28/02/2014 e REsp 899.839/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 17/08/2010, DJe 01/10/2010).

João da Gama Cerqueira assim discorreu sobre os efeitos do registro marcário (CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Vol. 2. Tomo 2. Parte 3. Editora Revista Forense: Rio de Janeiro, 1956. p. 76-77):

O registro torna certa a data da apropriação da marca e fixa os seus elementos, além de fazer público o ato da apropriação. Mas o seu efeito principal, como declara a lei, é assegurar ao seu titular o direito ao uso exclusivo da marca e, como consequência, o direito de impedir que outros a empreguem para o mesmo fim.

[...]

Assegurando ao proprietário da marca o direito ao seu uso exclusivo, o registro fixa, ao mesmo tempo, a extensão desse direito. A lei protege tudo o que se acha compreendido no registro no que respeita à composição da marca como no que se refere às suas aplicações.

Ambos os institutos possuem proteção constitucional, nos termos do art. 5º, XXIX, da Constituição da República, *in verbis*:

XXIX - 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;

A Lei da Propriedade Industrial, na mesma linha, previu proteção tanto às marcas quanto aos nomes empresariais, nos seguintes termos:

Art. 124. Não são registráveis como marca:

[...]

V - reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos;

Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, 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.

Nesse passo, o entendimento desta Corte é no sentido de que eventual colidência entre nome empresarial e marca não é resolvido tão somente sob a ótica do princípio da anterioridade do registro, devendo ser levado em conta ainda os princípios da territorialidade, no que concerne ao âmbito geográfico de proteção, bem como o da especificidade, quanto ao tipo de produto e serviço. (REsp 1359666/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 10/06/2013).

Aliás, conforme esclarecido pela Terceira Turma no Resp n. 1204488/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi,

A interpretação do art. 124, V, da LPI que melhor compatibiliza os institutos da marca e do nome comercial é no sentido de que, para que a reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciado de nome empresarial

de terceiros constitua óbice ao registro de marca – que possui proteção nacional –, necessário, nessa ordem: (i) que a proteção ao nome empresarial não goze somente de tutela restrita a alguns Estados, mas detenha a exclusividade sobre o uso do nome em todo o território nacional e (ii) que a reprodução ou imitação seja “susceptível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos”. Não sendo essa, incontestavelmente, a hipótese dos autos, possível a convivência entre o nome empresarial e a marca, cuja colidência foi suscitada (REsp 1204488/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/02/2011, DJe 02/03/2011).

Fábio Ulhôa Coelho, discorrendo sobre as diferenças entre marca e nome comercial, assevera que:

[...] a proteção conferida pela Junta Comercial ao nome se exaure nos limites do Estado a que ela pertence, enquanto que os efeitos do registro de marca são nacionais (CC, art. 1.166). Ou seja, o empresário sediado em Santa Catarina tem, a partir do arquivamento do seu ato constitutivo no registro de empresas, protegido o seu nome empresarial em todo o Estado catarinense.

Se abrir filiais no Paraná e no Rio Grande do Sul, terá neles a mesma proteção. Nenhum outro empresário poderá se estabelecer, ou abrir filial, com nome idêntico ou semelhante, nestes três Estados. Tais arquivamentos, contudo, não impedem que, em outro Estado da Federação (Rio de Janeiro, suponha-se), seja arquivado ato constitutivo com nome empresarial colidente.

[...]

Como o registro do nome empresarial tem abrangência estadual, e não nacional, os seus efeitos estão restritos aos Estados em que o empresário tem sede ou filial. Para estender a tutela ao país todo, ele deve providenciar o arquivamento de pedido de proteção ao nome empresarial, nas Juntas dos demais Estados (CC, art. 1.166, parágrafo único; IN-DNRC, n. 104, art. 11, §§ 1º e 2º). O mesmo não ocorre com a marca, que, registrada no INPI, estará protegida em todo o território brasileiro (e, até mesmo, nos demais países unionistas, se presentes as condições da Convenção de Paris) (Fábio Ulhôa Coelho, *Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa*, Vol. 1, 15ª ed.: Saraiva, São Paulo, 2011, p. 201).

Assim, no caso concreto, equivoca-se o Tribunal de origem ao afirmar que deve ser dada prioridade ao nome empresarial em detrimento da marca, se o arquivamento na Junta comercial ocorreu antes do depósito desta no INPI.

Como acima exposto, para que a reprodução ou imitação de nome empresarial de terceiro constitua óbice a registro de marca, à luz do princípio da territorialidade, faz-se necessário que a proteção ao nome empresarial não goze de tutela restrita a um Estado, mas detenha a exclusividade sobre o uso em todo o território nacional.

No caso, porém, é incontroverso da moldura fática que o registro dos atos constitutivos da autora foi feito apenas na Junta Comercial de Blumenau/SC.

5.2. Da mesma forma, penso que assiste razão à recorrente quando assevera que não é o caso de se aplicar o art. 8º da Convenção de Paris, como fez o Tribunal de origem.

A Convenção da União de Paris de 1883 - CUP deu origem ao sistema internacional de propriedade industrial com o objetivo de harmonizar o sistema protetivo relativo ao tema nos países signatários, do qual faz parte o Brasil (<<http://www.wipo.int/treaties/en>>).

É verdade que o art. 8º da dita Convenção estabelece que “O nome comercial será protegido em todos os países da União, sem obrigação de depósito ou de registro, quer faça ou não parte de uma marca de fábrica ou de comércio”.

Não obstante, o escopo desse dispositivo é assegurar a proteção do nome empresarial de determinada sociedade em país diverso do de sua origem, que seja signatário da CUP, e não em seu país natal, onde deve-se atentar às leis locais.

E, nesse sentido, não se pode olvidar que o art. 1.166 do Código Civil de 2002 estabelece que “A inscrição do empresário, ou dos atos constitutivos das pessoas jurídicas, ou as respectivas averbações, no registro próprio, asseguram o uso exclusivo do nome nos limites do respectivo Estado”.

Sobre o assunto, válida a lição de Lélío Schmidt:

O artigo 8º da CUP é uma importante regra de proteção contra a pirataria de sinais distintivos, pois confere ao legítimo proprietário o direito de invocar a anterioridade de seu nome empresarial, protegido em seu país de origem, para se contrapor à usurpação desautorizada de seu elemento característico em outros países, seja como marca, nome empresarial ou outro sinal distintivo qualquer. Essa proteção excepciona os princípios da territorialidade e da atributividade, pois permite que a precedência do depósito ou registro feito no Brasil por um usurpador seja elidida pela anterioridade da proteção ao nome empresarial no país de origem do prejudicado.

Foi com base no artigo 8º da CUP, dentre outros fundamentos, que várias marcas usurpadas por nacionais, como TIMBERLAND, LACOSTE, SOTHEBY'S, DAUM, ROCHAS, HERMES, LEE, ELES SE, BURGER KING, BBC e outras puderam ser invalidadas em favor da anterioridade da proteção ao nome empresarial do legítimo titular no exterior.

No dizer de Stephen Ladas e Gama Cerqueira, o artigo 8º da CUP não se destina a regulamentar a proteção do nome empresarial no país de origem (que se submete à lei local), mas sim a sua proteção no exterior.

Em seu país de origem, a sociedade deve atender ao que a lei local dispuser sobre a forma de aquisição de direitos sobre o nome empresarial: se estes direitos só forem concedidos por meio de registro nos órgãos próprios, deverá cumprir tais exigências para gozar da proteção (SCHMIDT, Lélío Denicoli. *Da proteção ao nome empresarial*. Revista LEX – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ano 32. nº 380. São Paulo: Lex Editora S.A., 2010).

Diante desse cenário, no caso concreto é indiscutível a precedência do registro marcário n. 816805776 para a marca MULTIMED, atualmente em nome de Multimed Medicina do Trabalho Ltda.

5.3. Quanto à possibilidade de coexistência das marcas no que concerne ao critério da especialidade/especificidade, observo que o INPI – no processo administrativo de nulidade –, o Juízo de piso e o Tribunal de origem foram unânimes em reconhecer que os serviços identificados pelas marcas MULTIMED, de titularidade de Multimed Distribuidora de Medicamentos Ltda. e de Multimed Medicina do Trabalho Ltda., guardam afinidade mercadológica, podendo causar confusão aos consumidores.

Nesse diapasão, o acórdão combatido ressaltou que, enquanto uma empresa fornece medicamentos, a outra presta serviços médicos, o que pode levar um paciente a concluir que os medicamentos da autora também são fornecidos/fabricados pela empresa titular do registro precedente.

Denis Borges Barbosa, em lição adequada, e que guarda estrita sintonia com a lei de regência e jurisprudência do STJ, afirma que a marca deve diferenciar-se daquelas que disputam o mesmo mercado, não podendo, nesses casos, ser concedido registro à que tenha potencial de causar confusão ou associação com outra pré-registrada, “levando em conta as semelhanças do conjunto, em particular dos elementos mais expressivos, e não as diferenças de detalhe”; bem como o público a que se destinam as marcas, para aferimento da possibilidade de colidência:

3.3. Da distintividade relativa, ou diferencial

A questão aqui é a do valor das marcas entre si – sua distintividade relativa. Uma marca deve diferenciar-se das marcas que disputam mesmo mercado de forma tal que lhe garanta a unicidade : o reconhecimento de que a origem

indicada por uma marca se distingue da outra. Ou seja, que, entre uma e outra, não exista confundibilidade em tese e, a *fortiori*, confusão.

[...]

3.3.1. *A análise de mercado*

Para se determinar a confusão marcária verifica-se, em primeiro lugar, se existe, entre as mesmas marcas, um único e só mercado real (produto ou serviço idêntico ou semelhante), pois, como assinala a recente obra oficial da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre o assunto, similaridade de bens e serviços é item distinto, e prejudicial, da análise de confusão entre marcas.

3.3.1.1. Simultaneidade no mercado real

A simultaneidade a que se refere o inciso XIX do art. 124 do Código não é formal, ou de parencenas lógicas, mas pertinência das duas marcas ao mesmo mercado. Ou seja, se os produtos ou serviços a que se referem as marcas (e não as marcas em si mesmo) forem competidores num mesmo espaço de mercado.

A concorrência, para ser relevante para a propriedade intelectual... é preciso que se faça sentir em relação a um mesmo produto ou serviço.

A identidade objetiva pressupõe uma *análise de utilidade* do bem econômico: haverá competição mesmo se dois produtos forem dissimilares, desde que, na proporção pertinente, eles atendam a algum desejo ou necessidade em comum. Assim, e utilizando os exemplos clássicos, a manteiga e a margarina, o café e a chicória, o álcool e a gasolina. É necessário que a similitude objetiva seja apreciada em face do consumidor relevante.

[...]

O inciso XIX do art. 124 do Código preceitua que (uma vez se determine a similitude de mercado ou afinidade) deve-se proceder à comparação entre as marcas, para se verificar se a *reprodução* (no todo ou em parte, ainda que com acréscimo) ou imitação (nas mesmas condições), é efetivamente suscetível de causar confusão ou associação com a marca alheia.

Esse procedimento é, assim, um segundo estágio da análise, após se determinar que há competição real ou simbólica efetiva ou potencial, entre os produtos e serviços assinalados.

Haverá *confusão* “quando não podemos reconhecer as distinções, as diferenças; quando as coisas se tomam uma pelas outras; quando se misturam umas com as outras”.

Haverá *associação* nas hipóteses em que, mesmo não cabendo confusão – o consumidor *não* toma um signo por outro - há intensa relação simbólica entre uma marca e outra, ou assimilação entre a marca e a linguagem comum de um segmento de mercado, com risco de que o público possa entender que o signo tem como referência um produto ou serviço distinto do real, ou uma origem diversa da verdadeira.

[...]

3.3.2.1. Análise em abstrato

Tanto no exame prévio ao registro quanto, pelas mesmas razões, na revisão dos atos da administração e juízo de argüição de nulidade, a análise é do *potencial* de confusão ou associação. Com efeito, não se tem aí juízo de concorrência desleal, que sempre exige análise *ad hoc* e fática, nem mesmo juízo de contrafação.

Neste contexto de exame ou de nulidade – e só neste – aplica-se com precisão o que diz Mauricio Lopes Oliveira:

“Não é necessário que a confusão efetivamente se dê, basta a possibilidade, a qual entende-se existir sempre que as diferenças não se percebam sem minucioso exame e confrontação da marca legítima com a semelhante, conforme destacou Affonso Celso, *in* Marcas industriaes e nome commercial, Imprensa Nacional, 1888, pp. 55-56. Idêntico é o entendimento de Clóvis Costa Rodrigues: ‘Bastará, tão-só, existir possibilidade de confusão, caracterizada pela dúvida, pela incerteza, pela iminência de fraude’”.

[...]

Dois princípios são capitais para a determinação da colidência. Em primeiro lugar, a colidência ou anterioridade deve ser apreciada levando em conta as semelhanças do conjunto, em particular dos elementos mais expressivos, e não as diferenças de detalhe:

[...]

Em segundo lugar, deve-se verificar a semelhança ou diferença à luz do público a quem a marca é destinada, em sua função própria. Tal critério que é particularmente valioso no caso de contrafação, não pode deixar de ser levado em conta no parâmetro da registrabilidade (BARBOSA, Denis Borges. *Proteção das marcas: uma perspectiva semiológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 85-89).

De fato, o artigo 124, XIX, da Lei da Propriedade Industrial veda o registro de marca que reproduza outra preexistente, ainda que em parte e com acréscimo “susceptível de causar confusão ou associação com marca alheia”.

Nessa toada, conforme decidido no REsp 1.105.4222-MG, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, a finalidade da proteção ao uso das marcas é dupla: por um lado protegê-la contra usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido (art.4º, VI, do CDC):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. UTILIZAÇÃO DE TERMO DESIGNATIVO DO COMPONENTE PRINCIPAL DO MEDICAMENTO. COEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONCORRÊNCIA DESLEAL. INEXISTÊNCIA.

[...]

4. A finalidade da proteção ao uso das marcas – garantida pelo disposto no art. 5º, XXIX, da CF/88 e regulamentada pelo art. 129 da LPI - é dupla: por um lado protegê-la contra usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto (art.4º, VI, do CDC).

[...]

8. Recurso especial não provido (REsp 1105422/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011).

Ademais, sem perder de vista o enfoque pelo ângulo do direito marcário, a possibilidade de confusão e/ou associação entre as marcas é notória, por possuírem identidade fonética e escrita quanto ao elemento nominativo e ambas se destinarem ao segmento mercadológico médico.

Assim, a meu ver, é inviável admitir a coexistência de tais marcas.

5.4. Por fim, ainda que este relator não tivesse reconhecido o direito de precedência do registro n. 816805776 para a marca mista MULTIMED, ao contrário do que sugere o Tribunal *a quo*, não seria possível concluir pela nulidade deste.

Isso porque tal registro foi concedido em 1994, não sofrendo nenhuma impugnação por parte da autora, seja administrativamente no prazo de 6 (seis) meses (art. 101 da Lei n. 5.772/1971 correspondente ao atual 169 da Lei n. 9.279/1996), seja judicialmente no prazo de 5 anos, nos termos do art. 174 da Lei n. 9.279/1996.

Desse modo, correta a recorrente quando assevera estar preclusa a possibilidade de questionar tal registro por meio de processo administrativo de nulidade, bem como por meio de ação de nulidade de registro. Este só poderá ser impugnado por meio de processo administrativo de caducidade e se preenchidos os requisitos legais, nos termos da Lei da Propriedade Industrial.

Aliás, a presente ação nem seria o meio adequado para tanto. E o STJ já asseverou que a desconstituição do registro por ação própria é necessária para que possa ser afastada a garantia da exclusividade em todo o território nacional (REsp 325158/SP, Rel. Ministra Nancy An-

drighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 10/08/2006, DJ 09/10/2006, p. 284 e REsp 1189022/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 02/04/2014).

6. Por outro lado, ainda que prejudicado o pedido indenizatório diante dos fundamentos antes invocados, de qualquer modo não parece deva ser reconhecida indenização a ser paga pelo instituto, como o decidiu o Juízo de piso.

Devo destacar que da moldura fática não se infere conduta desidiosa do INPI ao proferir – em 17/4/2001 – a decisão de concessão do registro n. 820713473 para a marca mista MULTIMED de titularidade da autora. Conforme asseverou o Tribunal de origem, as atividades desenvolvidas pelas empresas Multimed Distribuidora de Medicamentos Ltda. e Multiclínica Serviços de Saúde Ltda. não são idênticas, a atuação destas apenas se dá no mesmo segmento mercadológico. Ressalto, ainda, que ambas as marcas são mistas.

Não se pode olvidar que em muitos casos de análise a ser realizada pelo INPI é muito tênue a linha que possibilita ou impede a coexistência pacífica de signos distintivos, principalmente quando não são marcas exclusivamente nominativas.

A própria Lei n. 9.279/1996 estabelece instrumentos ainda em âmbito administrativo que possibilitam às partes impugnarem um registro concedido pela autarquia, tais como o processo administrativo de nulidade previsto nos arts. 168 a 172 e o pedido de caducidade dos arts. 142 a 146. Em âmbito judicial, a ação de nulidade do registro pode ser ajuizada em até 5 (cinco) anos da data de sua concessão, nos termos do art. 174 da Lei n. 9.279/1996.

Assim, no decorrer de processo administrativo de nulidade já instaurado, afigura-se temerária a conduta do titular de marca registrada que

firma contrato de licenciamento com terceiro, tanto mais se não informar a este acerca do óbice sofrido pelo registro marcário.

Dessa forma, não vislumbro nexo de causalidade entre a decisão proferida pelo INPI de concessão do registro marcário da autora, posteriormente invalidada por meio de regular processo administrativo instaurado pela Multiclínica Serviços de Saúde Ltda., e a desistência de terceiro em prosseguir com o licenciamento da marca mista MULTIMED, ao tomar conhecimento de que a autora respondia ao referido processo administrativo de nulidade.

Portanto, é descabida a pretensão exposta na exordial pela autora/recorrida de receber do INPI indenização referente aos “efeitos da retirada” do certificado de registro marcário, tendo em vista o frustrado licenciamento desta (fls. 28).

7. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedentes os pedidos da autora. Custas e honorários ao encargo desta. Fixo os honorários advocatícios em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, com correção monetária e juros a contar deste julgamento.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Quarta Turma

Número Registro: 2010/0041466-7 Processo Eletrônico REsp 1.184.867/SC

Número Origem: 200672050038640

Pauta: 15/05/2014 Julgado: 15/05/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro Luis Felipe Salomão

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Raul Araújo

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. Hugo Gueiros Bernardes Filho
Secretária
Bela. Teresa Helena Da Rocha Basevi

AUTUAÇÃO

Recorrente: Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI
Procuradores: Liliane Jacques Fernandes e outro(s)
Sálvio Medeiros Costa Filho
Recorrido: Multimed Distribuidora de Medicamentos Ltda.
Advogado: Luiz Renaud Pinto Cunha e outro(s)
Assunto: Direito Civil – Coisas – Propriedade – Propriedade Intelectual/
Industrial – Marca

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo (Presidente), Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator

Recurso Especial n. 1.311.963, de Santa Catarina (2012/0043945-6)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procurador: Procuradoria-Geral Federal – PGF

Recorrido: Vilmar da Silva

Advogado: Nereu Antônio da Silva

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PROVENTOS PROPORCIONAIS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CRITÉRIO DE CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. ATIVIDADES CONCOMITANTES. ATIVIDADE PRINCIPAL. MELHOR PROVEITO ECONÔMICO. VALOR DA TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA. ART. 32 DA LEI 8.213/1991. INAPLICABILIDADE AO CASO. ART. 29 DA LEI 8.213/1991 EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL. OBSERVÂNCIA NO CASO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E NESSA PARTE NÃO PROVIDO.

1. Na hipótese de desempenho pelo segurado de atividades laborais concomitantes, a jurisprudência do STJ é assente no sentido de que, nos termos do art. 32 da Lei 8.213/1991, será considerada atividade principal, para fins de cálculo do valor do salário de benefício, aquela na qual o segurado reuniu condições para concessão do benefício.

2. A peculiaridade do caso concreto consiste no fato de que o segurado não completou tempo de serviço suficiente para se aposentar em nenhuma das atividades concomitantes, tendo o título exequendo reconhecido o direito à aposentadoria por tempo de serviço com proventos proporcionais, apurando-se o período básico de cálculo nos termos do art. 29 da Lei 8.213/1991, em sua redação original.

3. Considerando que o segurado não completou tempo de serviço suficiente para se aposentar em nenhuma das atividades concomitantes, deve ser

considerada como atividade principal, para fins de apuração do salário de benefício, aquela que gerar maior proveito econômico no cálculo da renda mensal inicial.

4. Não se mostra configurada afronta ao art. 32 da Lei 8.213/1991, na espécie, porque o segurado, no desempenho de atividades concomitantes, não preencheu em nenhuma delas todos os requisitos para obtenção da aposentadoria por tempo de serviço.

5. A lacuna deixada pelo legislador no art. 32 da Lei 8.213/1991 deve ser integrada pelos princípios que envolvem a ordem econômica e social previstas na Constituição, ambas fundadas na valorização e no primado do trabalho humano e na livre iniciativa, a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

6. Relativamente ao dissídio jurisprudencial, o recurso especial não pode ser conhecido pela alínea “c” em decorrência da ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados.

7. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

“A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e nessa parte negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2014.

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
(Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra acórdão proferido pelo TRF-4ª Região, assim ementado:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. ATIVIDADES CONCOMITANTES. INTERPRETAÇÃO DO ART. 32 DA LEI Nº 8.213/91. MAIOR PROVEITO ECONÔMICO. HONORÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO COM A VERBA OBJETO DA EXECUÇÃO.

1. Tratando-se de hipótese em que o segurado não completou tempo de serviço suficiente para se aposentar em nenhuma das atividades, deve ser considerada como atividade principal aquela que gerará maior proveito econômico no cálculo da renda mensal inicial, porquanto o art. 32 da Lei nº 8.213/91 não determina que deva ser considerada como principal a atividade mais antiga, dentre as que foram exercidas simultaneamente no PBC.

2. Não é possível a compensação da verba honorária de sucumbência nos embargos do devedor com os honorários que estão sendo executados, relativos ao processo de conhecimento, porque tal não foi contemplado pelo título judicial em execução. Precedentes da Sexta Turma.

Em suas razões de recurso especial, sustenta o INSS que o Tribunal *a quo* ao determinar que no cálculo da renda mensal inicial do benefício aposentadoria por tempo de contribuição fosse utilizada como atividade

principal, na qual a parte segurada obtivesse melhor proveito econômico, negou vigência ao art. 32 da Lei 8.213/1991, bem como divergiu da jurisprudência do STJ, a exemplo dos precedentes: REsp 780.588/RJ; REsp 554.491/SP.

O prazo para apresentação de contrarrazões ao recurso especial decorreu *in albis*.

Noticiam os autos que o INSS opôs embargos à execução, alegando excesso de execução, pois a renda mensal inicial do benefício previdenciário teria sido indevidamente calculada, em razão de não ter sido considerado o exercício de atividades concomitantes.

A sentença julgou improcedentes os embargos à execução.

O INSS interpôs apelação, tendo o Tribunal *a quo* mantido a sentença que julgou improcedentes os embargos à execução, determinando a execução conforme o cálculo apresentado pelo exequente, ora recorrido, nos termos da ementa supra transcrita.

O INSS interpôs embargos de declaração, tendo o Tribunal *a quo* reiterado o entendimento de que, tratando-se de hipótese em que o segurado não completou tempo de serviço suficiente para se aposentar em nenhuma das atividades, exclusivamente, deve ser considerada como atividade principal aquela que gerará maior proveito econômico no cálculo da renda mensal inicial, porquanto o art. 32 da Lei 8.213/1991 não determina que deva ser considerada como principal a atividade mais antiga, dentre as que foram exercidas simultaneamente no período básico de cálculo.

Dá a interposição do recurso especial, ao qual inicialmente foi negado seguimento por este Relator, que em sede de agravo regimental, retratou-se e tornou sem efeito a decisão constante a fls. 202/206, para incluir o processo em pauta, para que a tese fosse apreciada pelo colegiado da egrégia Segunda Turma do STJ.

É o relatório.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PROVENTOS PROPORCIONAIS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CRITÉRIO DE CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. ATIVIDADES CONCOMITANTES. ATIVIDADE PRINCIPAL. MELHOR PROVEITO ECONÔMICO. VALOR DA TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA. ART. 32 DA LEI 8.213/1991. INAPLICABILIDADE AO CASO. ART. 29 DA LEI 8.213/1991 EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL. OBSERVÂNCIA NO CASO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E NESSA PARTE NÃO PROVIDO.

1. Na hipótese de desempenho pelo segurado de atividades laborais concomitantes, a jurisprudência do STJ é assente no sentido de que, nos termos do art. 32 da Lei 8.213/1991, será considerada atividade principal, para fins de cálculo do valor do salário de benefício, aquela na qual o segurado reuniu condições para concessão do benefício.
2. A peculiaridade do caso concreto consiste no fato de que o segurado não completou tempo de serviço suficiente para se aposentar em nenhuma das atividades concomitantes, tendo o título exequendo reconhecido o direito à aposentadoria por tempo de serviço com proventos proporcionais, apurando-se o período básico de cálculo nos termos do art. 29 da Lei 8.213/1991, em sua redação original.
3. Considerando que o segurado não completou tempo de serviço suficiente para se aposentar em nenhuma das atividades concomitantes, deve ser considerada como atividade principal, para fins de apuração do salário de benefício, aquela que gerar maior proveito econômico no cálculo da renda mensal inicial.
4. Não se mostra configurada afronta ao art. 32 da Lei 8.213/1991, na espécie, porque o segurado, no desempenho de atividades concomitantes, não preencheu em nenhuma delas todos os requisitos para obtenção da aposentadoria por tempo de serviço.

5. A lacuna deixada pelo legislador no art. 32 da Lei 8.213/1991 deve ser integrada pelos princípios que envolvem a ordem econômica e social previstas na Constituição, ambas fundadas na valorização e no primado do trabalho humano e na livre iniciativa, a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.
6. Relativamente ao dissídio jurisprudencial, o recurso especial não pode ser conhecido pela alínea “c” em decorrência da ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados.
7. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
(Relator):

O presente recurso especial cuida do inconformismo do INSS quanto ao acórdão prolatado pelo TRF-4ª Região no tocante à possibilidade de escolha como atividade principal, para fins de cálculo de benefício com desempenho de atividades concomitantes, aquela em que a parte segurada obteve melhor proveito econômico.

O presente recurso especial é oriundo de ação de embargos à execução, em que o INSS alega excesso de execução em razão da sistemática de cálculo adotada em liquidação para apuração da renda mensal inicial do salário de benefício.

O INSS, ora recorrente, aponta violado o art. 32 da Lei 8.213/1991 e dissídio jurisprudencial acerca do mesmo dispositivo. Sustenta que no período básico de cálculo da renda mensal inicial do benefício aposentadoria por tempo de serviço com proventos proporcionais, considerando que o segurado exerceu atividades concomitantes, não poderia ter sido utilizada a atividade de maior proveito econômico.

O embargante, ora recorrente, insurgiu-se contra a planilha de cál-

culos da renda mensal inicial, alegando que o exequente/embargado, ora recorrido, incluiu os salários de contribuição incidentes sobre a atividade laboral mais rentável, considerando a existência de duas fontes de contribuição previdenciária, uma por força de contrato de trabalho, na qualidade de segurado empregado, outra como empresário, na condição de contribuinte individual.

O segurado recolheu contribuições como segurado contribuinte individual no período de 12/1990 a 10/1993, 1/1994 a 5/1994, 8/1994, 10/1994 a 11/1994 e 1/1995 a 5/2001, sob a inscrição 1.130.047.856-4. Em parte desses períodos, o segurado exerceu atividade como segurado empregado para as empresas Móveis Capi Ltda: de 2/4/1984 a 8/3/1991, de 20/5/1991 a 26/2/1993 e de 3/5/1993 a 7/11/1995 e Intercomp Ind. de Componentes para Móveis Ltda: de 27/1/1997 a 25/11/2000, sob a inscrição 1.080.355.213-8.

Houve, portanto, o exercício de atividades concomitantes nos períodos de 1º/12/1990 a 8/3/1991, 20/5/1991 a 26/2/1993, 3/5/1993 a 21/10/1993, 1º/1/1994 a 30/5/1994, 8/1994, 1º/10/1994 a 30/11/1994, 1º/1/1995 a 7/11/1995 e 27/1/1997 a 25/11/2000. Todavia, o segurado não completou tempo de serviço suficiente para se aposentar em nenhuma das atividades concomitantes.

A controvérsia, assim, gira em torno de quais salários de contribuição devem ser utilizados no cálculo do salário de benefício, no período em que o recorrido exerceu atividades concomitantes abrangidas pelo Regime Geral de Previdência Social. Em outras palavras, é preciso verificar qual a atividade principal a ser considerada nos períodos de exercício de atividades concomitantes.

A peculiaridade do presente caso está no fato de que em nenhuma das atividades concomitantes, o segurado completou a carência exigida para a concessão do benefício.

A despeito de o recurso especial ser oriundo de ação de embargos à execução, o título exequendo determinou que o salário de benefício fosse calculado com a utilização de um período básico de cálculo, levando em conta os 36 (trinta e seis) últimos salários de contribuição, apurados em período não superior aos 48 (quarenta e oito) meses imediatamente anteriores ao requerimento, datado de 8/5/2001, sem aplicação do fator previdenciário, determinando, ainda, que a renda mensal do segurado fosse fixada em 76% (setenta e seis por cento) sobre o salário de benefício, nos moldes da redação original do art. 29 da Lei 8.213/1991.

Acerca do desempenho de atividades concomitantes, o art. 32 da Lei 8.213/1991 dispõe nos seguintes termos *in verbis*:

Art. 32. O salário de benefício do segurado que contribuir em razão de atividades concomitantes será calculado com base na soma dos salários de contribuição das atividades exercidas na data do requerimento ou do óbito, ou no período básico de cálculo, observado o disposto no artigo 29 e as normas seguintes:

I- quando o segurado satisfizer, em relação a cada atividade, as condições do benefício requerido, o salário de benefício será calculado com base na soma dos respectivos salários de contribuição;

II- quando não se verificar a hipótese do inciso anterior, o salário de benefício corresponde à soma das seguintes parcelas:

a) o salário de benefício calculado com base nos salários de contribuição das atividades em relação às quais são atendidas as condições do benefício requerido;

b) um percentual da média do salário de contribuição de cada uma das demais atividades, equivalente à relação entre o número de meses completo de contribuição e os do período de carência do benefício requerido;

III- quando se tratar de benefício por tempo de serviço, o percentual da alínea b do inciso II será o resultante da relação entre os anos completos de atividade e o número de anos de serviço considerado para a concessão do benefício.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica ao segurado que, em obediência ao limite máximo do salário de contribuição, contribuiu apenas por uma das atividades concomitantes.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo ao segurado que tenha sofrido redução do salário de contribuição das atividades concomitantes em respeito ao limite máximo desse salário.

A forma de cálculo do benefício prevista no art. 32 da Lei 8.213/1991 observa os critérios contidos no art. 29 da mesma Lei. Todavia, depreende-se da leitura do referido dispositivo, que ele não abarca a presente situação jurídica, sendo certo que a contribuição previdenciária foi recolhida sobre ambas atividades laborais.

Conforme a redação original do art. 29 da Lei 8.213/1991, em vigor quando da prolação da sentença exequenda, portanto, aplicável ao presente caso, o período de apuração do salário de benefício corresponde aos 36 últimos salários de contribuição.

Acerca desse dispositivo, colhem-se os ensinamentos de Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior *in verbis*:

3. Período básico de cálculo

3.1 Regras anteriores

O período de apuração, conforme já foi dito, é o intervalo de tempo dentro do qual serão considerados os salários-de-contribuição para fins de estabelecimento do salário-de-benefício. Consoante dispunha o *caput* do art. 29 da Lei 8.213/91 e seu § 1º, em suas redações originais, existiam três tipos de períodos de apuração:

a) Regra Geral: média dos 36 últimos salários-de-contribuição, considerados no período máximo de 48 meses. Aqui a lei estabelece um período maior do que 36 meses, considerando a possibilidade de haver uma interrupção no auferimento de rendimentos por parte do segurado, decorrente, v.g. do

desemprego involuntário. Se assim não estivesse disposto, a consequência de uma eventual interrupção parcial seria uma sensível diminuição no salário-de-benefício do segurado.

b) Tratando-se de aposentadorias por tempo de serviço, especial ou por idade, se neste interregno o segurado possuir menos de 24 contribuições, o salário-de-benefício será correspondente a $1/24$ (um vinte e quatro avos) da soma dos salários-de-contribuição (§ 1º do art. 29).

c) Para os benefícios que não possuem carência, a média será estabelecida em um período menor. Na hipótese de o benefício considerado ser auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, ou ainda pensão para os dependentes (quando o segurado não tinha direito a perceber nenhuma aposentadoria), o salário-de-benefício é obtido, simplesmente, somando-se os salários-de-contribuição corrigidos, dentro do período máximo permitido e dividindo-se o resultado pelo número de contribuições considerado (§ 2º do art. 32 do RPS).

3.2 Regras atuais

Ao argumento de que a consideração apenas dos 36 últimos salários-de-contribuição provocava distorções, na medida em que considerava apenas cerca de 10% do tempo de contribuição dos trabalhadores, e prejudicando as pessoas que tinham uma trajetória profissional com remuneração decrescente (o que ocorre com as classes de escolaridade mais baixa), o período de apuração foi ampliado de forma a abarcar toda a vida contributiva. Alterou-se o *caput* deste artigo e revogou-se o § 1º (Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social, Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, Editora Livraria do Advogado, página 151).

Com apoio na doutrina de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, é certo afirmar que de acordo com a redação original do art. 29, *caput*, da Lei 8.213/1991, aplicável ao caso, o salário de benefício consistia na média aritmética simples de todos os últimos salários de contribuição, que servia de base de cálculo das contribuições sociais ou salários de benefício, se o segurado tivesse fruído benefício no período, dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da

data de protocolo do requerimento, até o máximo de 36 contribuições, consecutivas ou não, tomadas num intervalo nunca superior a quarenta e oito meses.

Com a Emenda Constitucional 20/1998, desapareceu a forma de cálculo do benefício pela média dos 36 últimos salários de contribuição, conforme previa a redação original do art. 29 da Lei 8.213/1991, o qual atendia ao *caput* do art. 202 da Constituição de 1988, na sua redação original.

O Tribunal *a quo* ao interpretar o dispositivo em comento, aplicou entendimento no sentido de que, tratando-se de hipótese em que o segurado não completou tempo de serviço suficiente para se aposentar em nenhuma das atividades concomitantes, deve ser considerada como atividade principal aquela que gerará maior proveito econômico no cálculo da renda mensal inicial.

Deve ser reconhecido que o art. 32 da Lei 8.213/1991 não se amolda de forma perfeita ao presente caso, pois não previu a escolha da atividade principal na hipótese de o segurado não preencher em nenhuma das atividades exercidas de forma concomitante, no período básico de cálculo, o número de meses suficientes para preencher a carência do benefício requerido.

É certo que o exercício de atividades concomitantes não confere ao segurado o direito à dupla contagem de tempo de serviço. O que a legislação previdenciária autoriza é o cômputo das contribuições vertidas para efeitos de cálculo do salário de benefício, nos termos do art. 32 da Lei 8.213/1991.

Todavia, o caso dos autos não encontra previsão legal exata. A lei em comento não prevê de forma expressa a fórmula de cálculo da presente situação jurídica, em que o segurado desempenhou atividades simultâneas, mas não cumpriu em nenhuma delas o período de carência do benefício almejado.

O STJ ainda não enfrentou caso análogo, enfrentou somente as hipóteses em que o segurado reuniu condições para concessão de benefício, apurando-se o salário de benefício com base na atividade principal dentre as atividades concomitantes, nos exatos termos do art. 32 combinado com art. 29, ambos da Lei 8.213/1991.

A jurisprudência assentou o entendimento de que, nos termos do art. 32, II, da Lei 8.213/1991, na hipótese de exercício de atividades concomitantes pelo segurado, será considerada atividade principal, para fins de cálculo do valor do salário de benefício, aquela na qual ele reuniu condições para concessão do benefício.

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes precedentes: AgRg no REsp 1.205.737/RS, Quinta Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 21/5/2013; AgRg no ARESP 30.864/RJ, Sexta Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 27/6/2012; AgRg no REsp 1.208.245/RS, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe 14/3/2011; AgRg no REsp 808.568/RS, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 18/12/2009; REsp 233.739/SC, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJe 10/4/2000.

Para o presente caso, após longa reflexão, entendo que o entendimento mais justo é o adotado pelo acórdão recorrido. A interpretação razoável deve ser feita no sentido de considerar como principal a atividade que o segurado obteve o maior proveito econômico. Isto porque o Estado Democrático de Direito tem como fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A lacuna deixada pelo art. 32 da Lei 8.213/1991 deve ser integrada pelos princípios que envolvem a ordem econômica e social previstas na Constituição, ambas fundadas na valorização e no primado do trabalho humano e na livre iniciativa, a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Destaque-se acerca do valor social do trabalho, a doutrina de Wagner Balera em seu artigo jurídico titulado O Valor Social do Trabalho, *in verbis*:

(...) Deveras, só se pode cogitar de uma sociedade livre quando, mediante políticas sociais e econômicas, as forças vivas do País, perseguem, a todo custo o ideal do pleno emprego. (...) O trabalho, sobre ser um valor social fundamental na República (art. 1º, IV) possui uma categoria superior aos demais valores que a Ordem Social salvaguarda (art. 193). Essa primazia não significa outra coisa, em nosso entender, que aquela mesma idéia tão bem expressa pelo magistério social cristão e ainda agora reafirmada pelo Romano Pontífice. De feito, na Carta Encíclica *laborem Exercens*, O Papa João Paulo II sublinha: “o trabalho humano é uma chave, provavelmente a chave essencial de toda a questão social normal” (Professor Wagner Balera, artigo titulado O Valor Social do Trabalho, publicado pela Revista LTr 58, nº 10, outubro/1994, página 1167).

Merece ser mantido o fundamento adotado pelo Tribunal *a quo* de que, tratando-se de hipótese em que o segurado não completou tempo de serviço suficiente para se aposentar em nenhuma das atividades concomitantes, deve ser considerada como atividade principal, para fins de apuração do salário de benefício, aquela que gerará maior proveito econômico no cálculo da renda mensal inicial.

O conceito de previdência social, integrante dos direitos fundamentais, abrange aspectos do bem-estar social, o qual é promovido pelo trabalho e pela livre iniciativa. Coincidem no mesmo objetivo os fundamentos trabalhista, econômico e o da previdência social, numa evidente vinculação que dinamiza a política social firmada pela Constituição.

No presente caso, o segurado tem direito em ter calculado sua renda mensal inicial com base na atividade laboral em que obteve melhor ganho econômico, no período em que desempenhou atividades concomitantes.

Outrossim, no âmbito do STJ, cumpre apontar a decisão proferida pelo eminente Ministro Desembargador Convocado do TJ/RS Vasco Della Giustina, nos autos do Recurso Especial 1.264.295/SC, publicada no DJe de 29/11/2011, que, à míngua de regramento legal, considerou como principal ou preponderante a atividade que garantiu ao segurado maior proveito econômico, aquela em que auferiu maior renda.

Por fim, relativamente ao dissídio jurisprudencial, cumpre afirmar que não há similitude fática entre o acórdão recorrido e os julgados do STJ apontados como paradigmas, elencados no relatório supra, porquanto, conforme delimitado, a presente situação jurídica apresenta peculiaridade não enfrentada nos julgados colacionados pelo recorrente.

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

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Segunda Turma

Número Registro: 2012/0043945-6 Processo Eletrônico REsp 1.311.963 / SC

Números Origem: 00030032720094047201 200272010003438
200972010030035

Pauta: 18/02/2014 Julgado: 20/02/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro Mauro Campbell Marques

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Mauro Campbell Marques

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. Elizeta Maria De Paiva Ramos

Secretária

Bela. Valéria Alvim Dusi

AUTUAÇÃO

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procurador: Procuradoria-Geral Federal – PGF

Recorrido: Vilmar da Silva

Advogado: Nereu Antônio da Silva

Assunto: Direito Previdenciário – RMI – Renda Mensal Inicial, Reajustes e Revisões Específicas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Segunda Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: “A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator

Recurso Especial n. 1.383.707, de Santa Catarina (2013/0143195-4)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Jurerê Open Shopping Ltda.

Advogados: Rafael de Assis Horn e outro(s)

Hélio de Melo Mosimann

Ítalo Augusto Mosimann

Recorrido: Associação de Proprietários e Moradores de Jurerê Internacional – Ajin

Advogados: Everton Balsimelli Staub e outro(s)

Artur Guedes da Fonseca Mello

Interessada: União

Interessado: Município de Florianópolis

Procurador: Gilberto da Silva de Montalvão e outro(s)

Interessada: Fundação Municipal do Meio Ambiente de Florianópolis – Floram

Advogado: Karine Garcia e outro(s)

Interessado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama

Representado por: Procuradoria-Geral Federal

EMENTA

AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALEGADOS DANOS DECORRENTES DO FUNCIONAMENTO DOS CHAMADOS “POSTOS DE PRAIA”, LOCALIZADOS NA PRAIA DE JURERÊ INTERNACIONAL, NO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À SUSTENTADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 6º E 472 DO CPC. CASO EM QUE, DE ACORDO COM A EXORDIAL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, OS AVENTADOS DANOS AMBIENTAIS SERIAM CAUSADOS, POR MÁO PRÓPRIA, PELAS EMPRESAS LOCATÁRIAS DOS CITADOS ESTABELECIMENTOS. ADEMAIS, NA HIPÓTESE EM EXAME, O EVENTUAL ACOLHIMENTO DOS PEDIDOS FORMULADOS NA AÇÃO, PARA ALÉM DO RÉU LOCADOR, ATINGIRÁ, INDUVIDOSAMENTE, A

ESFERA JURÍDICO-PATRIMONIAL DAS LOCATÁRIAS. CARACTERIZAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO, NOS TERMOS DO ART. 47 DO CPC. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

1 - Não há falar de ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos. Vale ressaltar que não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2 - No tocante aos arts. 6º e 472 do CPC, é deficiente a fundamentação do recurso especial, o que atrai a incidência, por analogia, da Súmula 284/STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”).

3 - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, nas ações civis públicas por danos ambientais e urbanísticos, a regra geral é a do litisconsórcio facultativo.

4 - No caso dos autos, porém, a exordial da ação civil pública dá conta de que os supostos danos ambientais foram provocados, *por mão própria*, pelas empresas locatárias dos denominados “postos de praia”. Dito por outro modo: de acordo com a petição inicial, as empresas locatárias são *agentes diretos* da relatada degradação ambiental.

5 - Ademais, a efetividade da prestação jurisdicional buscada pelas associações autoras da ação civil pública pressupõe a participação das empresas locatárias na lide. Com efeito, a relação jurídica em exame não comporta solução diferente em relação aos seus partícipes, pois será impossível determinar, às partes que até o presente momento ocupam o polo passivo da demanda, a adoção das providências pleiteadas na exordial sem afetar, diretamente, o patrimônio jurídico e material das empresas que efetivamente exploram os postos de praia (as locatárias).

6 - O acórdão recorrido, ao desconsiderar essas particularidades do caso e concluir pela não configuração do litisconsórcio necessário, acabou por violar o art. 47 do CPC.

7 - Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido para de-

terminar que as associações autoras sejam intimadas a promover a citação das empresas locatárias que exploram os imóveis alegadamente causadores de danos ambientais, na forma e sob as cominações do art. 47 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento para determinar que as associações autoras sejam intimadas a promover a citação das empresas locatárias que exploram os imóveis alegadamente causadores de danos ambientais, na forma e sob as cominações do art. 47 do CPC, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido parcialmente o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho que anulava o processo desde a citação. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr. Rafael de Assis Horn, pela parte Recorrente: Jurerê Open Shopping Ltda.

Brasília (DF), 08 de abril de 2014(Data do Julgamento)

Ministro Sérgio Kukina, Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA:

Na origem, a Associação de Proprietários e Moradores de Jurerê Internacional – Ajin e a Associação dos Proprietários, Moradores e Amigos do Balneário de Jurerê – Loteamento Praia do Forte – Amofort ajuizaram, em face da União, do Município de Florianópolis, da Fundação Municipal do Meio Ambiente de Florianópolis – Floram, do Instituto de

Planejamento Urbano de Florianópolis – IpuF e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, ação civil pública, com pedido de concessão de medida liminar, visando, em linhas gerais, a obter provimento jurisdicional que faça cessar os alegados danos ambientais causados pelo funcionamento dos chamados “postos de praia” localizados em Jurerê Internacional, na cidade de Florianópolis/SC.

Em 21/7/2008, o Juízo de primeiro grau, mediante decisão interlocutória, assentou que os inquilinos do empreendimento imobiliário supostamente causador dos danos não eram litisconsortes necessários e determinou a citação, além dos réus elencados na exordial, da empresa ora recorrente, Jurerê Open Shopping Ltda., proprietária daqueles imóveis (fl. 125).

Foi então que a ora recorrente ajuizou agravo de instrumento, que foi desprovido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, mediante acórdão assim ementado (fls. 710/711):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREJUDICIALIDADE. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

1. Estando o feito em ordem para julgamento da questão central discutida no agravo de instrumento, reputam-se prejudicados os embargos de declaração opostos em face da decisão que indeferiu a antecipação de tutela recursal.
2. Nos termos do artigo 47 do CPC, “há litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes do processo”.
3. Na espécie, seja por ausência de unitariedade (natureza da relação jurídica), seja por ausência de determinação legal, não há que se falar em litisconsórcio necessário.

4. Aliás, tratando-se de responsabilidade civil por danos ambientais, tem-se responsabilidade solidária, motivo por que cabe ao autor direcionar a demanda em prejuízo de um, alguns ou todos os envolvidos. Precedentes.

5. Agravo de instrumento improvido.

Opostos embargos declaratórios, foram eles parcialmente acolhidos, apenas para “evitar eventual inadmissibilidade dos recursos dirigidos às instâncias superiores por conta exclusivamente da menção expressa dos dispositivos tidos pela parte embargante como violados” (fls. 726/732).

Nas razões do apelo especial, interposto com base no art. 105, III, a, da CF, a empresa Jurerê Open Shopping Ltda. sustenta, preliminarmente, ofensa ao art. 535, II, do CPC, pois o acórdão recorrido teria deixado de se “manifestar quanto às questões e dispositivos legais tidos por violados e indispensáveis ao julgamento da questão e á propositura de recursos às instâncias superiores” (fl. 745).

Quanto ao mérito, afirma a recorrente que foram violados os arts. 6º, 47 e 472 do CPC. Aduz, em síntese, que:

(I) “a natureza da relação jurídica e dos pedidos formulados na ação civil pública transpassa a responsabilidade ambiental, sendo certo que, independentemente de eventual solidariedade na condenação, muitos dos pedidos formulados não podem ser cumpridos pela ora recorrente, já que vinculados e dirigidos exclusivamente às empresas ocupantes dos Postos de Praia, razão pela qual é imprescindível a inserção das mesmas no polo passivo da demanda, na posição de litisconsortes necessárias” (fl. 740); (II) “somente elas [locatárias] possuem condições de trazer argumentos e provas que evidenciem o não cometimento dos alegados atos, ou sua juridicidade” (fl. 741); (III) “o pedido das recorridas atinge diretamente a esfera jurídica das sociedades que exploram os Postos de Praia, o que não se pode admitir sem que haja a presença das mesmas no polo passivo da demanda” (fl. 741).

Não foram apresentadas contrarrazões (conforme certidão de fl. 753). Em 3/2/2014, por meio da Petição 15.419/2014, a recorrente informou que o Juízo de primeiro grau, após a prolação do acórdão ora recorrido, “deferiu a antecipação dos efeitos da tutela requerida na ação civil pública, determinando diversas providências jurisdicionais direta e especificamente contra as empresas que exploram os Postos de Praia” (fl. 795).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Guilherme Magaldi Netto, opinou pelo desprovemento do recurso (fls. 812/817).

Os autos vieram conclusos ao meu gabinete em 24/2/2014.

Prossigo para anotar que a empresa recorrente ajuizou a Medida Cautelar nº 22.436/SC, com pedido de concessão de medida liminar, com o objetivo de atribuir efeito suspensivo ao presente recurso especial.

Em 24/3/2014, deferi a liminar na citada medida cautelar para suspender, até o julgamento de mérito deste apelo, o curso da ação civil pública ajuizada na origem (Processo nº 2008.72.00.000950-1).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator):

Na espécie, foram atendidos os pressupostos gerais de recorribilidade: os documentos de fls. 16 e 717 revelam a regularidade da representação processual; às fls. 748/749, foram juntados documentos que comprovam o devido pagamento do preparo; ademais, o recurso é tempestivo, pois a publicação do acórdão proferido no julgamento dos embargos de declaração se deu em 24/7/2012 (fl. 735) e o ajuizamento do especial ocorreu em 7/8/2012 (fl. 736).

Pois bem, como visto, a controvérsia veiculada no recurso especial consiste em saber se há litisconsórcio necessário entre as empresas locatárias dos denominados postos de praia – que supostamente estariam a causar danos ambientais pelo uso indevido de terreno de marinha e de bens de uso comum do povo - e a empresa proprietária desses imóveis.

Inicialmente, convém pontuar que não ocorreu a ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos. Vale ressaltar que não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Outrossim, os conteúdos dos arts. 6º e 472 do CPC, também tidos por malferidos, não guardam pertinência com a questão central deste especial (inclusão de locatárias dos postos de praia como litisconsortes passivas necessárias). Aplicável, pois, o óbice da Súmula 284/STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”).

Feita essa anotação, relembro que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, nas ações civis públicas por danos ambientais e urbanísticos, a regra geral é do litisconsórcio facultativo. Menciono, a propósito, as seguintes ementas:

PROCESSUAL CIVIL. REPARAÇÃO E PREVENÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS E URBANÍSTICOS. DESLIZAMENTOS EM ENCOSTAS HABITADAS. FORMAÇÃO DO POLO PASSIVO. INTEGRAÇÃO DE TODOS OS RESPONSÁVEIS PELA DEGRADAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DESNECESSIDADE.

1. Hipótese em que a pretensão recursal apresentada pelo Município de Niterói se refere à inclusão do Estado do Rio de Janeiro no polo passivo da Ação Civil Pública que visa a reparação e prevenção de danos ambientais causados por deslizamentos de terras em encostas habitadas.

2. No dano ambiental e urbanístico, a regra geral é a do litisconsórcio facultativo. Segundo a jurisprudência do STJ, nesse campo a “responsabilidade (objetiva) é solidária” (REsp 604.725/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 22.8.2005, p. 202); logo, mesmo havendo “múltiplos agentes poluidores, não existe obrigatoriedade na formação do litisconsórcio”, abrindo-se ao autor a possibilidade de “demandar de qualquer um deles, isoladamente ou em conjunto, pelo todo” (REsp 880.160/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.5.2010). No mesmo sentido: EDcl no REsp 843.978/SP, Rel. Ministro Heman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26.6.2013. REsp 843.978/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9.3.2012; REsp 1.358.112/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.6.2013.

3. Agravo Regimental não provido (AgRg no AREsp 432.409/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/2/2014, DJe 19/3/2014).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. POLUIÇÃO SONORA. FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA.

A ação civil pública por danos ambientais dá ensejo a litisconsórcio facultativo entre os vários degradadores, diretos e indiretos, por se tratar de responsabilidade civil objetiva e solidária, podendo ser proposta contra o poluidor, responsável direta ou indiretamente pela atividade causadora de degradação ambiental e contra os co-obrigados solidariamente à indenização. A ausência de formação do litisconsórcio facultativo não tem a faculdade de acarretar a nulidade do processo.

Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 224.572/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/6/2013, DJe 11/10/2013).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. EDIFICAÇÃO DE CASA DE VERANEIO. AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO.

1. A ação civil pública ou coletiva por danos ambientais pode ser proposta contra poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental (art. 3º, IV, da Lei 6.898/91), co-obrigados solidariamente à indenização, mediante a formação litisconsórcio facultativo, por isso que a sua ausência não tem o condão de acarretar a nulidade do processo. Precedentes da Corte: REsp 604.725/PR, DJ 22.08.2005; Resp 21.376/SP, DJ 15.04.1996 e REsp 37.354/SP, DJ 18.09.1995.
2. Recurso especial provido para determinar que o Tribunal local proceda ao exame de mérito do recurso de apelação (REsp 884.150/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19/6/2008, DJe 7/8/2008).

Ocorre que, no caso em exame, conforme sustentam as associações autoras da ação civil pública, os supostos danos ambientais e urbanísticos também foram provocados, *mediante mão própria*, pelas empresas locatárias que exploram atividades econômicas nos imóveis de propriedade da empresa ora recorrente (os postos de praia). Dito por outro modo: de acordo com a exordial, as empresas locatárias são *agentes diretos* da suposta degradação ambiental. Veja-se, a esse respeito, a seguinte passagem da petição inicial (fls. 32/33):

[...]

Os ocupantes dos denominados Postos de Praia, vem sistematicamente a cada Reveillon e Carnaval, e em algumas outras datas, cercando a faixa de areia, o calçadão beira-mar local denominado passeio dos namorados, vagas públicas de estacionamento e calçadas com grades e tapumes, edificando tendas e lá realizam festas com cobrança de ingressos, na média R\$1.000,00 por pessoa, valores impagáveis para a imensa maioria da população brasileira, gerando lucros altíssimos para os donos destes estabelecimentos, uma vez que cada um destes estabelecimentos, vende mais de 1.500 ingressos para cada uma destas festas. Ou seja, se multiplicarmos estes ingressos pelos cinco estabelecimentos, estamos falando de um faturamento global de cerca de R\$7.500.000,00 em apenas UMA NOITE!!!

E tais festas são alardeadas na imprensa, como se fossem os acontecimentos do ano, uma vez que tais estabelecimentos contratam gente famosa para lá estar, e conseqüentemente tornar a procura por ingressos mais concorrida, bem como garantir que a imprensa irá divulgar os eventos e como adiante se provará, ocultar seus abusos e ilegalidades.

A comunidade local, além de ter que suportar esta indevida apropriação de áreas de uso comum do povo, é duramente impactada por estes eventos, uma vez que Jurerê Internacional não possui infra-estrutura, nem foi projetado para receber tanta gente para estas festas, bem como a horda de pessoas que vão para ficar nas imediações dos festejos, resultando em estacionamento de veículos em lugares proibidos, como saídas de garagem, nas calçadas e canteiros, Produção de quantidades de lixo em volumes absurdos (só no Reveillon 2007/2008, a COMCAP, recolheu 23.000!!! garrafas de champagne na faixa de areia – fora as de outras bebidas e as que se quebraram), além de perturbações da ordem de todo o tipo, transformando estas datas, em verdadeiros infernos para quem lá reside.

E no dia-a-dia normal de funcionamento destes estabelecimentos, os mesmos espalham pela faixa de areia, pelo passeio dos namorados e outras áreas de seu entorno, uma infinidade de guarda-sóis, cadeiras, sofás, colchões, espreguiçadeiras, bandeiras, publicidade através de exposição de produtos e serviços, tudo em área pública, e alguns chegam a cobrar consumação para uso destes equipamentos, bem como outros, veladamente, enxotam qualquer um que sentar em um destes equipamentos sem estar consumindo no estabelecimento. Chega a ocorrer inclusive reservas de lugares na praia.

[...]

Ademais, o eventual sucesso da ação civil pública (com o conseqüente acolhimento dos pedidos formulados pelas associações autoras) atingirá, necessariamente, a esfera jurídica dessas empresas locatárias. Confirmam-se os requerimentos formulados (fls. 90/92):

[...]

POSTO ISSO, presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, requerem as Associações Autoras a Vossa Excelência a concessão de medida liminar URGENTE para determinar, sob pena de multa diária de R\$100.000,00 (cem mil reais):

a) a imediata suspensão de todas as licenças, autorizações, alvarás emitidos pelo Município, pela União, pela FLORAM e pelo IPUF em favor dos estabelecimentos ocupantes dos chamados Postos de Praia, a saber: T & T Gastronomia Ltda-ME – Café de La Musique; Novo Brasil Bar e Restaurante Ltda – El Divino; O Santo Entretenimento, Produções e Eventos Ltda – EPP (Restaurante Taikô); TelePaella Bar e Restaurante Ltda – El Gran Comilón; C2 Eventos e Comércio de Alimentos Ltda. – Restaurante Pimenta Limão, determinando que o Município e a União, promovam a imediata interdição destes estabelecimentos;

b) Suspender Imediatamente a preventivamente todo e qualquer processo de solicitação administrativa em trâmite ou a tramitar junto ao Município, a União, a FLORAM e ao IPUF em favor dos estabelecimentos ocupantes dos chamados Postos de Praia, a saber: T & T Gastronomia Ltda-ME – Café de La Musique; Novo Brasil Bar e Restaurante Ltda – El Divino; O Santo Entretenimento, Produções E Eventos Ltda – EPP (Restaurante Taikô); TelePaella Bar e Restaurante Ltda – El Gran Comilón; C2 Eventos e Comércio de Alimentos Ltda. – Restaurante Pimenta Limão;

c) Proibir URGENTEMENTE o Município de Florianópolis, a União Federal (GRPU/SC) e o IPUF a emitir qualquer autorização ou permissão de uso de áreas de uso comum do povo, tais como a faixa de areia, o passeio dos namorados, as calçadas do entorno e as vagas de estacionamento junto aos chamados Postos de Praia ou em qualquer outro local da praia de Jureré Internacional;

d) Determinar que a União Federal e o IBAMA, inclusive com o uso de força policial federal se necessário, promovam a imediata desocupação da faixa de areia, passeio dos namorados, passarelas de acesso e restingas, *fazendo com que sejam apreendidos e retirados todo e qualquer equipamento móvel ou fixo, lá colocados pelos estabelecimentos ocupantes dos Postos de Praia, tais como caixas de som, cadeiras, guarda-sóis, sofás, chaises, espreguiçadeiras,*

quiosques, bandeiras, tendas, plantas exóticas, armários, colchões e outros, fazendo com que a praia de Jurerê Internacional fique limpa e desimpedida, apta ao uso incondicional e democrático da praia;

e) Determinar que o Município, inclusive com o uso de força policial se necessário, promova a *imediate desocupação das vagas de estacionamento e calçadas, fazendo com que sejam apreendidos e retirados todo e qualquer equipamento móvel ou fixo, lá colocados pelos estabelecimentos ocupantes dos Postos de Praia, tais como cadeiras, guarda-sóis, sofás, chaises, espreguiçadeiras, quiosques, bandeiras, tendas, plantas exóticas, armários, colchões, cones e outros, fazendo com que tais áreas fiquem limpas e desimpedidas, aptas ao uso incondicional e democrático das mesmas;*

f) Em face da proximidade da data, determinar URGENTEMENTE que a faixa de areia de Jurerê Internacional, o passeio dos namorados, as passarelas de acesso a areia, as calçadas e as vagas de estacionamento, permaneçam livres e desimpedidas durante o período do carnaval, ou seja de 02 a 06 de fevereiro de 2008, aptas ao uso incondicional e democrático, inclusive com o uso de força policial federal se necessário;

g) A afixação de cinco placas informativas no tamanho de 4x2 metros cada, informando os dados da presente ação civil pública, placas estas custeadas integralmente pelas requeridas;

h) Determinar que o Município promova diariamente o recolhimento de lixo emanado destes Postos de Praia e em seu entorno;

[...]

Além da confirmação do pedido liminar, REQUER a condenação dos réus solidariamente:

a) *à demolição de todas as edificações e anexos dos Postos de Praia 01-A, 01-B, 01-C, 01-D situadas em áreas de uso comum do povo sejam elas Municipais ou Federais;*

b) *à recuperação das áreas de marinha e de preservação permanentes, caracterizadas por vegetação de restinga, mediante a apresentação de um Projeto de Recuperação de Área Degradada – PRAD, a ser submetido ao crivo do IBAMA e a comunidade local;*

- c) a indenizar – em espécie – à coletividade pelos danos ambientais perpetrados e pelo uso indevido de terreno de marinha e de bem de uso comum do povo (praia, passarelas, passeio dos namorados, vagas de estacionamento), em valor a ser apurado em perícia, com a determinação judicial para que o montante apurado seja revertido em favor de obras de proteção ao meio ambiente na própria região atingida ou, alternativamente, seja depositado no fundo de reconstituição de bens lesados, nos termos da LACP;
- d) Determinar que toda e qualquer atividade já realizada e a ser implementada nos chamados Postos de Praia, se não for o caso de demolição, sejam previamente licenciados ambientalmente pelo IBAMA, bem como mediante prévio estudo de Impacto de Vizinhança;
- e) Estabelecer as competências geográficas e funcionais de cara requerido, visando o ordenamento urbano no local, para prevenir o uso inadequado das áreas em comento, desvirtuadas de sua finalidade;
- f) Determinar que o Município reúna e mantenha a infra-estrutura necessária a observância de todos os critérios necessários a obtenção e manutenção do Programa bandeira Azul;
- g) Determinar que a União e o Município mantenham livres e desimpedidas todas as passarelas de acesso à faixa de areia, bem como sejam proibidos terminantemente a dispor de quaisquer áreas de uso comum do povo como a praia, o passeio dos namorados, as calçadas e as vagas de estacionamento, sem que promovam licitamente sua prévia desafetação;
- h) em sendo reconhecido que os chamados Postos de Praia constituem equipamentos públicos, que sua ocupação seja limitada a sua área física, bem como sua finalidade de uso seja previamente aprovada pela comunidade local, bem como tais ocupações devem ser efetivadas mediante licitação;
- i) Sejam declaradas nulas todas as licenças, alvarás, autorizações, permissões e outros atos estatais emitidos em favor dos ocupantes dos Postos de Praia, se estes estiverem em confronto com a lei ou tiverem sua expedição originada em processos administrativos irregulares;
- [...] (sem grifos no original)

Nesse contexto, a efetividade da prestação jurisdicional buscada pelas associações autoras pressupõe a participação das empresas locatárias na lide. Com efeito, não se revela possível, na espécie, determinar aos réus, que até o presente momento ocupam o polo passivo da lide (entes federados, órgãos públicos e a empresa proprietária dos postos de praia), a adoção das providências pleiteadas na ação civil pública sem, com isso, afetar, diretamente, o patrimônio jurídico e material dos estabelecimentos que efetivamente exploram os postos de praia (as locatárias). Daí porque, caso prevaleça o entendimento perfilhado pela Corte de origem, restaria violado, em relação às locatárias não citadas, o direito fundamental ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), que pressupõe ampla defesa e contraditório.

Assim, impõe-se a formação de litisconsórcio, nos termos do art. 47 do CPC, que assim reza:

Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Outro não é o entendimento perfilhado por esta Corte, conforme demonstram os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. DANO AMBIENTAL. LOTEAMENTO IRREGULAR. ADQUIRENTES POSSUIDORES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. EMENDA À INICIAL ANTES DA CITAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Hipótese em que o debate recursal refere-se, imediatamente, a questão processual: inclusão dos dois recorridos (adquirentes de lotes) no polo passivo da demanda, por emenda à inicial. Apenas de forma mediata se discute

a matéria de fundo (dano ao meio ambiente causado pelo empreendedor).

2. Cuida-se, segundo os autos, de loteamento sem licença ambiental ou urbanística válida, sobre APP - Área de Preservação Permanente e Zona de Vida Silvestre da Área de Proteção Ambiental (APA) Sapucaí Mirim, degradando o habitat, no bioma da Mata Atlântica (bosque de araucárias), de espécies ameaçadas de extinção, com desmatamento e aterramento de nascentes e córregos de água.

3. Após a propositura de Ação Civil Pública por associação ambiental, o Ministério Público, em sua primeira manifestação, opinou pelo aditamento da petição inicial, para a indicação dos adquirentes de lotes. O juiz deferiu o pedido anteriormente à formação da relação jurídico-processual (antes, portanto, da citação de qualquer réu) e determinou a paralisação de todas as intervenções na área.

4. Os ora recorridos não apenas foram notificados da liminar concedida, como agiram como parte no processo, impugnando a decisão. Trata-se de um primeiro Agravo de Instrumento, rejeitado pela 6ª Câmara da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Essa atuação processual dos recorridos como parte não surpreende, porquanto eram os únicos ocupantes que descumpriam o embargo às obras e continuavam a degradar a área, exatamente o que a Ação Civil Pública pretendia evitar.

5. Especificamente contra sua inclusão no polo passivo da demanda, os ora recorridos interpuseram o segundo Agravo de Instrumento, a que se referem estes autos. A 5ª Câmara de Direito Público do TJ-SP reformou a decisão de primeira instância, pois entendeu que os atos dos adquirentes dos lotes (construções) não têm relação com a causa de pedir (dano causado pelo loteador). Por essa razão, não seriam litisconsortes passivos e, portanto, a emenda da inicial teria violado o disposto nos arts. 47 e 264 do CPC.

6. No plano jurídico, o dano ambiental é marcado pela responsabilidade civil objetiva e solidária, que dá ensejo, no âmbito processual, a litisconsórcio facultativo entre os vários degradadores, diretos ou indiretos. Segundo a jurisprudência do STJ, no envelhecimento do meio ambiente, a “responsabilidade (objetiva) é solidária” (REsp 604.725/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 22.8.2005, p. 202), tratando-se de hipótese de “litisconsórcio facultativo” (REsp 884.150/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira

Turma, DJe 7.8.2008), pois, mesmo havendo “múltiplos agentes poluidores, não existe obrigatoriedade na formação do litisconsórcio”, abrindo-se ao autor a possibilidade de “demandar de qualquer um deles, isoladamente ou em conjunto, pelo todo” (REsp 880.160/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.5.2010).

7. Os adquirentes de lote têm responsabilidade solidária pelo dano

ambiental do loteamento impugnado em Ação Civil Pública, ainda que não realizem obras no seu imóvel, o que implica legitimidade para compor, como litisconsorte, o polo passivo da ação que questiona a legalidade do loteamento e busca a restauração do meio ambiente degradado. Em loteamento, “se o imóvel causador do dano é adquirido por terceira pessoa, esta ingressa na solidariedade, como responsável” (REsp 295.797/SP, Rel. Ministra

Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 12.11.2001, p. 140).

8. Ademais, ainda que não houvesse responsabilidade solidária (ou seja, que se afastasse a jurisprudência pacífica do STJ), é incontroverso que os dois recorridos vêm, segundo os autos, construindo nos lotes (aparentemente eram os únicos a fazê-lo), constatação que amplia, sem dúvida, o dano ambiental causado pelo loteamento e os transforma em agentes diretos de degradação ambiental.

9. Se a ação for julgada procedente, impossível, em vista das peculiaridades do caso, cumprir o pedido da petição inicial (“que retorne toda a gleba ao estado anterior, desfazendo-se pontes, estradas, construções, etc.”) sem afetar, frontal e diretamente, os interesses dos recorridos-adquirentes de lotes. Assim, diante da natureza da relação jurídica *in casu*, tanto sob o prisma da eficácia da coisa julgada, da solidariedade pelo dano ambiental, quanto da indivisibilidade do objeto, é inevitável o reconhecimento do litisconsórcio.

10. Recurso especial provido (REsp 843.978/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/9/2010, DJe 9/3/2012).

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEMARCAÇÃO DA FAIXA MARGINAL DE PROTEÇÃO DO LAGUNAR PIRATININGA-ITAIPÚ. DESOCUPAÇÃO E DEMOLIÇÃO DE CONSTRUÇÕES. OBRAS PREVIAMENTE LICENCIADAS PELOS ÓRGÃOS COMPETENTES. LITISCONSÓRCIO PASSIVO

NECESSÁRIO DOS PROPRIETÁRIOS OCUPANTES. RECURSOS ESPECIAIS DOS PARTICULARES E DO INEA PREJUDICADOS. RECURSO ESPECIAL DO MUNICÍPIO DE NITERÓI PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO (REsp 1.194.236/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 19/10/2010, DJe 27/10/2010).

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. LOTEAMENTO E CONSTRUÇÕES. IRREGULARES POTENCIALMENTE LESIVAS AO MEIO AMBIENTE. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. DEFICIÊNCIA RECURSAL. SÚMULA 284/STF. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. EMPREENDEDORES, ADQUIRENTES E OCUPANTES. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO.

1. Não ofende o art. 535, II, do CPC, decisões em que o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. É deficiente a fundamentação do especial quando não demonstrada contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal.

3. Inexistência de prequestionamento dos arts. 103, 131, 165, 267

§ 3º, 286, 289, 292, 301, § 4º, 334, 459, 460, 463, II, 485, IX, §§ 1º e 2º do CPC; arts. 1º, 3º, 4º, 11, 13, 14, 16, 19 e 21 da Lei 7.347/85; arts. 81 a 117 do CDC; arts. 3º, 4º, 9º, 10, 14, § 1º da Lei 6.938/81; art. 1.518 do CC c/c art. 186 da Lei 6.766/79.

4. Na ação civil pública de reparação a danos contra o meio ambiente os empreendedores de loteamento em área de preservação ambiental, bem como os adquirentes de lotes e seus ocupantes que, em tese, tenham promovido degradação ambiental, formam litisconsórcio passivo necessário.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido (REsp 901.422/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 1º/12/2009, DJe 14/12/2009).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO COM PARCELAMENTO IRREGULAR. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS ADQUIRENTES DOS LOTES. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. NULIDADE DA RELAÇÃO PROCESSUAL.

1. Tratando-se de ação difusa em que a sentença determina à ré a proceder ao desfazimento do parcelamento, atingindo diretamente a esfera jurídico-patrimonial dos adquirentes dos lotes, impõe-se a formação do litisconsórcio passivo necessário.
2. O regime da coisa julgada nas ações difusas não dispensa a formação do litisconsórcio necessário quando o capítulo da decisão atinge diretamente a esfera individual. Isto porque consagra a Constituição que ninguém deve ser privado de seus bens sem a obediência ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88).
3. Nulidade de pleno direito da relação processual, a partir do momento em que a citação deveria ter sido efetivada, na forma do art. 47 do CPC.
4. Aplicação subsidiária do CPC, por força da norma do art. 19 da Lei de Ação Civil Pública.
5. Recurso especial provido para declarar a nulidade do processo, a partir da citação, e determinar que a mesma seja efetivada em nome do recorrente e dos demais adquirentes dos lotes do Jardim Joana D'Arc (REsp 405.706/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 6/8/2002, DJ 23/9/2002, p. 244).

Em suma, entendo que o acórdão recorrido, ao desconsiderar essas particularidades do caso e concluir pela não configuração do litisconsórcio necessário, acabou por violar o art. 47 do CPC.

Assim, conheço em parte do recurso especial e, nessa extensão, a ele dou provimento para determinar que as associações autoras sejam intimadas a promover a citação das empresas locatárias, que exploram os imóveis alegadamente causadores de danos ambientais e urbanísticos, na forma e sob as cominações do art. 47 do CPC.

É como voto.

VOTO-VENCIDO

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. Senhores Ministros, estou de acordo com o voto do Senhor Ministro Relator, mas anulo o processo desde a citação, porque a eficácia do processo, em caso de litisconsórcio necessário, como agora se reconheceu, depende da sua regular formulação.

2. No caso, a meu ver, pelo que percebo do voto do eminente Relator, a formulação não foi adequada, e nem regular, porque faltou precisamente o que agora se está reconhecendo como faltante, que é a citação de pessoas que deverão suportar os efeitos de eventual sentença condenatória.

3. Daí, porque, a meu ver, deve ser tudo, pelo menos, suspenso até que se efetive a citação dos litisconsortes que agora todos nós estamos achando que devam integrar a relação processual. Isso não pode, em amor ao processo, perdurar, porque seria reconhecer que a relação processual não foi bem triangularizada, mas, mesmo assim, alguns efeitos dela permanecem válidos.

4. Acompanho o voto do eminente Relator, com esse “plus” para que se anule o processo desde a citação, para que haja integração de todos, nem que o Juiz conceda novamente a tutela, aí já contra todos os que estarão integrados.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Primeira Turma

Número Registro: 2013/0143195-4 Processo Eletrônico REsp 1.383.707/SC

Números Origem: 00031176420114040000 200872000009501
201301431954 31176420114040000

Pauta: 08/04/2014 Julgado: 08/04/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro Sérgio Kukina

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. Denise Vinci Tulio

Secretária

Bela. Bárbara Amorim Sousa Camuña

AUTUAÇÃO

Recorrente: Jurerê Open Shopping Ltda.

Advogados: Rafael de Assis Horn e outro(s)

Hélio de Melo Mosimann

Ítalo Augusto Mosimann

Recorrido: Associação de Proprietários e Moradores de Jurerê Internacional – Ajin

Advogados: Everton Balsimelli Staub e outro(s)

Artur Guedes da Fonseca Mello

Interes.: União

Interes.: Município de Florianópolis

Procurador: Gilberto da Silva de Montalvão e outro(s)

Interes.: Fundação Municipal do Meio Ambiente de Florianópolis – Floram

Advogado: Karine Garcia e outro(s)

Interes.: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama

Repr. por: Procuradoria-Geral Federal

Assunto: Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público – Domínio Público – Bens Públicos

Sustentação Oral

Dr. Rafael de Assis Horn, pela parte recorrente: Jurerê Open Shopping Ltda.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe provimento para determinar que as associações autoras sejam intimadas a promover a citação das empresas locatárias que exploram os imóveis alegadamente causadores de danos ambientais, na forma e sob as cominações do art. 47 do CPC, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido parcialmente o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que anulava o processo desde a citação.

Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.418.795, de Santa Catarina (2013/0383156-9)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Relatora para Acórdão: Ministra Regina Helena Costa

Agravante: Ministério Público Federal

Agravado: Edegar Antônio Castegnaro

Advogado: Rodrigo Indalêncio Vilela Veiga e outro(s)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME AMBIENTAL. PRINCÍPIOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E DA PREVENÇÃO. POLUIÇÃO MEDIANTE LANÇAMENTO DE DEJETOS PROVENIENTES DE SUINOCULTURA DIRETAMENTE NO SOLO EM DESCONFORMIDADE COM LEIS AMBIENTAIS. ART. 54, § 2º, V, DA LEI N. 9.605/1998. CRIME FORMAL. POTENCIALIDADE LESIVA DE CAUSAR DANOS À SAÚDE HUMANA EVIDENCIADA. CRIME CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I. Os princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, previstos no art. 225, da Constituição da República, devem orientar a interpretação das leis, tanto no direito ambiental, no que tange à matéria administrativa, quanto no direito penal, porquanto o meio ambiente é um patrimônio para essa geração e para as futuras, bem como direito fundamental, ensejando a adoção de condutas cautelosas, que evitem ao máximo possível o risco de dano, ainda que potencial, ao meio ambiente.

II. A Lei n. 9.605/1998, ao dispor sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dar outras providências, constitui um divisor de águas em matéria de repressão a ilícitos ambientais. Isto porque ela trouxe um outro viés, um outro padrão de punibilidade em matéria de crimes ambientais, trazendo a figura do crime de perigo.

III. O delito previsto na primeira parte do art. 54, da Lei n. 9.605/1998, possui natureza formal, porquanto o risco, a potencialidade de dano à saúde

humana, é suficiente para configurar a conduta delitiva, não se exigindo, portanto, resultado naturalístico. Precedente.

IV. A Lei de Crimes Ambientais deve ser interpretada à luz dos princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, indicando o acerto da análise que a doutrina e a jurisprudência tem conferido à parte inicial do artigo 54, da Lei n. 9.605/1998, de que a mera possibilidade de causar dano à saúde humana é idônea a configurar o crime de poluição, evidenciada sua natureza formal ou, ainda, de perigo abstrato.

V. Configurado o crime de poluição, consistente no lançamento de dejetos provenientes da criação de cerca de dois mil suínos em sistema de confinamento em 3 (três) pocilgas verticais, despejados a céu aberto, correndo por uma vala que os levava até às margens do Rio do Peixe, situado em área de preservação permanente, sendo a atividade notoriamente de alto potencial poluidor, desenvolvida sem o devido licenciamento ambiental, evidenciando a potencialidade do risco à saúde humana.

VI. Agravo regimental provido e recurso especial improvido, restabelecendo-se o acórdão recorrido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, “Prosseguindo no julgamento, por maioria, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Regina Helena Costa, que lavrará o acórdão. Votaram com a Sra. Ministra Regina Helena Costa os Srs. Ministros Moura Ribeiro e Laurita Vaz.

Votou vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi (art. 162, § 2º do RISTJ).

Brasília (DF), 18 de junho de 2014 (Data do Julgamento)

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão monocrática, da minha lavra, que deu provimento ao recurso especial interposto por Edegar Antônio Castegnaro, para absolvê-lo, nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 54, § 2º, V, DA LEI N. 9.605/1998. OCORRÊNCIA. TIPO PENAL QUE EXIGE “POLUIÇÃO DE QUALQUER NATUREZA EM NÍVEIS TAIS QUE RESULTEM OU POSSAM RESULTAR EM DANOS À SAÚDE HUMANA, OU QUE PROVOQUEM A MORTANDADE DE ANIMAIS OU A DESTRUIÇÃO SIGNIFICATIVA DA FLORA”. CONDENAÇÃO EMBASADA APENAS NA EXISTÊNCIA DE POLUIÇÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DOS DEMAIS ELEMENTOS DO TIPO. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE. 2. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

O agravante sustenta, em síntese, que

tratando o art. 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/98 também de crime de perigo concreto, na medida em que não exige a efetiva ocorrência do dano, mas que a ação poluidora possa resultar em danos à saúde humana, não há como se desconsiderar que dejetos oriundos de 2.000 (dois mil) porcos, despejados indevidamente no solo, a céu aberto, sem qualquer tratamento, correndo por uma vala que chegava ao leito do rio Peixe, não possam produzir referidas consequências.

Considera que a decisão agravada ignorou todo o trabalho realizado pelos fiscais e as normas de regência relacionadas à suinocultura,

razão pela qual deve se dar provimento ao agravo regimental.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, conforme explicitado na decisão agravada, tem-se que o tipo penal trazido no art. 54 da Lei n. 9.605/1998 dispõe que:

Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º (...).

§ 2º Se o crime: (...).

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

(...).

Como visto, a norma penal visa coibir a poluição de qualquer natureza, em níveis tais que representem risco ou efetivo dano à saúde humana, provoquem a morte de animais ou destruam significativamente a flora. Portanto, para preencher o tipo penal, não basta estar demonstrada a conduta poluidora, porquanto indispensável a comprovação do resultado.

Destaque-se, ademais, que, para a doutrina, a poluição que tipifica referida norma não é aquela conceituada no art. 3º, inciso III, da Lei n. 6.938/1981 – mais abrangente –, pois o tipo penal em estudo aduz expressamente que a poluição deve atingir a saúde humana, provocar a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

Outrossim, o tipo penal traz o elemento normativo do tipo constante na expressão “em níveis tais”, o que significa que:

só haverá o delito se ocorrer poluição em níveis elevados, que resultem (crime de dano) ou possam resultar (crime de perigo concreto) danos à saúde humana, mortandade de animais (silvestres, domésticos ou domesticados), ou destruição significativa da flora. *Não é qualquer poluição, portanto, que enseja a aplicação deste dispositivo penal* (GOMES, L. F.; MACIEL, S. *Crimes ambientais: comentários à Lei 9.605/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 231/232).

Igualmente, Guilherme de Souza Nucci afirma que:

Embora pareça desnecessário o tipo dizer que a poluição seja em níveis que possam resultar em danos à saúde humana, já que toda forma de poluição é um prejuízo natural à saúde de serem vivos, quer-se demonstrar que a *conduta penalmente relevante relaciona-se com níveis insuportáveis, inclusive aptos a gerar a morte de animais e a destruição de vegetais*. Há diferença entre seres humanos e animais ou plantas. Quanto a pessoas, a poluição precisa apenas ser capaz de causar danos à saúde; em relação a animais ou vegetais, é fundamental chegar à mortandade ou destruição (NUCCI, G. S. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 998).

No mesmo sentido, confira-se o seguinte precedente desta Corte:

1. Da leitura do *caput* do artigo 54 da Lei 9.605/1998, depreende-se que a poluição deve ser penalmente relevante, vale dizer, deve ser capaz de causar a morte ou a destruição de animais ou plantas, ou causar danos à saúde humana. 2. Quando se trata de poluição que possa resultar em danos à saúde humana, está-se diante de crime formal, que não exige a presença de resultado naturalístico, consistente na efetiva afetação da saúde das pessoas. 3. (...) (RHC n. 40.317/SP, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe 29/10/2013).

Verifica-se, portanto, que o preenchimento do tipo penal demanda a aferição de que a poluição produzida resulta ou pode resultar nas consequências listadas no *caput* do art. 54 da Lei de Crimes Ambientais. Contudo, da leitura da inicial acusatória, observa-se que nem sequer foram enumerados quaisquer resultados, tendo a denúncia se limitado a afirmar que o despejo de dejetos no solo, sem tratamento prévio, causa poluição apta a preencher o tipo penal em tela (fl. 1).

Ademais, por ocasião da sentença condenatória, considerou-se que o recorrente promoveu degradação ambiental, consistente no despejo de dejetos suínos e que “a contaminação é evidente pela proximidade da área de criação com o rio e pelo fato de afetar a qualidade da água subterrânea e também do solo” (fl. 272). Ponderou-se que o delito em tela é de perigo, sendo suficiente o risco de dano, razão pela qual não seria necessário laudo pericial e a comprovação do dano ambiental, porquanto suficiente a demonstração da potencialidade do dano, que se revelou pela considerável quantidade de suínos na propriedade.

O Tribunal de origem, por seu turno, entendeu que “está implícito eventual dano no lançamento de dejetos suínos ao solo” e que o tipo penal em exame “comporta tanto a modalidade do dano quanto a de perigo”. Ademais, considerou que o tipo penal do art. 54 da Lei de Crimes

Ambientais deve ser complementado pelo conceito de poluição extraído do art. 3º, inciso III, da Lei n. 6.938/1981 e que a atividade exercida pelo recorrente é considerada potencialmente poluidora pela Resolução n.1/2004 do Conselho Estadual do Meio Ambiente de Santa Catarina.

Registrou, outrossim, que a materialidade delitiva do crime ambiental pode ser demonstrada pelo conjunto probatório, sem que seja obrigatória a realização de prova pericial. Ponderou, assim, estar devidamente evidenciada a contaminação do solo por dejetos suínos, demonstrando a potencialidade lesiva para a saúde da sociedade e do meio ambiente.

Consignou, por fim, que embora a distribuição de dejetos suínos no solo possa funcionar como fertilizante – o que descaracterizaria sua condição de poluente –, essa prática deveria ter acompanhamento técnico dos órgãos competentes, o que não se verificou no caso dos autos. Pontuou-se, ainda, que “a defesa não trouxe qualquer prova apta a demonstrar o correto procedimento da utilização de resíduos como fertilizante”.

Observa-se, dessa forma, pela leitura do édito condenatório e do acórdão confirmatório, que não ficou demonstrado nos autos que a poluição produzida atingiu níveis tais que resultassem ou pudessem resultar danos à saúde humana, ou que provocassem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora. De fato, puniu-se o recorrente apenas pela conduta de poluir, sem se aferir o adequado preenchimento do tipo penal, procedendo-se a ilações no sentido de que o dano é implícito porque a conduta é potencialmente poluidora.

Note-se que, embora seja possível tipificar a conduta do recorrente em razão do risco gerado à saúde humana, sem que efetivamente tenha sido alcançado resultado de dano, *necessária uma mínima demonstração do risco, o que nem ao menos foi relatado*. Ademais, não tendo a acusação demonstrado o risco ou o dano à saúde humana, a morte de animais

ou a destruição significativa da flora, tem-se que a tese da defesa, no sentido de que a distribuição de dejetos suínos no solo funciona como fertilizante, não pode ser de plano descartada.

Necessário reforçar que o crime não é poluir, mas, sim, poluir a ponto de gerar dano ou risco à saúde humana, mortandade de animais ou destruição significativa da flora. Dessa forma, imprescindível a demonstração de que a conduta do recorrente teve efetiva repercussão na seara penal, pois

só é punível a emissão de poluentes efetivamente perigosa ou danosa para a saúde humana, ou que provoque a matança de animais ou a destruição significativa da flora, não se adequando ao tipo penal a conduta de poluir, em níveis incapazes de gerar prejuízos aos bens juridicamente tutelados (RHC n. 17.429/GO, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ 1º/8/2005).

No mesmo sentido, confira-se o seguinte precedente desta Corte:

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. POLUIÇÃO AMBIENTAL. DESTRUÇÃO OU DANO A FLORESTA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CORRUPÇÃO DE ÁGUA POTÁVEL. AB-ROGAÇÃO PELA LEI Nº 9.605/98. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA NO DELITO DE DANO E DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE NO CRIME DE POLUIÇÃO AMBIENTAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. O tipo penal, posterior, específico e mais brando, do art. 54 da Lei nº 9.605/98 engloba completamente a conduta tipificada no art. 271 do Código Penal, provocando a ab-rogação do delito de corrupção ou poluição de água potável. II. *Para a caracterização do tipo citado, mister a ocorrência de efetiva lesão ou perigo de dano, concreto, real e presente, à saúde humana, à flora ou à fauna.* III. *Mostra-se inepta a denúncia que carece de compro-*

vação da possibilidade de danos à saúde humana pelo suposto fato de a paciente de ter deixado, em data específica, que seu rebanho bebesse em dique que abastece cidade, pela ausência de conclusão técnica sobre a salubridade da água. IV.

(...).

VII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator (HC 178.423/GO, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJe 19/12/2011).

Pondero, outrossim, que a demonstração dos resultados descritos no tipo penal exige, em regra, a produção de exame pericial, haja vista a necessidade de se verificar se a poluição causou perigo efetivo ou dano à saúde humana, ou se causou mortandade de animais ou destruição da flora de forma significativa.

Nesse sentido, elucida Guilherme de Souza Nucci:

Perícia: é fundamental nesses casos, para que seja cumprido o disposto no art. 158 do CPP (crimes que deixam vestígios precisam de exame pericial), a realização da perícia para a formação da materialidade (NUCCI, G. S. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 998).

Dessa forma, entendo que assiste razão ao recorrente, ora agravado, pois as instâncias ordinárias concluíram que o resultado era implícito à conduta poluente, o que não é suficiente para caracterizar o tipo penal em exame. Não verificado o correto preenchimento do tipo penal, porquanto ausentes elementos aptos a configurar o resultado exigido pela norma, inviável manter a condenação.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

VOTO-VENCEDOR

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA:

Nos termos relatados pelo Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio Bellizze, trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão monocrática de lavra do eminente Min. Relator, que deu provimento ao recurso especial interposto por Edgar Antônio Castegnaro para absolvê-lo do crime previsto no art. 54, § 2º, inciso V, da Lei n. 9.065/1998, em decisão assim emendada:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 54, § 2º, V, DA LEI N. 9.605/1998. OCORRÊNCIA. TIPO PENAL QUE EXIGE “POLUIÇÃO DE QUALQUER NATUREZA EM NÍVEIS TAIS QUE RESULTEM OU POSSAM RESULTAR EM DANOS À SAÚDE HUMANA, OU QUE PROVOQUEM A MORTANDADE DE ANIMAIS OU A DESTRUIÇÃO SIGNIFICATIVA DA FLORA”. CONDENAÇÃO EMBASADA APENAS NA EXISTÊNCIA DE POLUIÇÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DOS DEMAIS ELEMENTOS DO TIPO. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE. 2. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

Nas razões do presente recurso, sustenta o *Parquet* federal que para a caracterização do crime do art. 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/1998 não se exige a efetiva ocorrência do dano, mas tão somente que a ação poluidora possa resultar em danos à saúde humana, razão pela qual não há como vislumbrar que os dejetos oriundos de 2.000 (dois mil) porcos, despejados indevidamente no solo, a céu aberto, sem qualquer tratamento, correndo por uma vala que chegava ao leito de um rio, não possam produzir as consequências mencionadas.

Em seu voto, o Senhor Relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze,

negou seguimento ao recurso, entendendo que, pela leitura do édito condenatório e do acórdão confirmatório, não ficou demonstrado que a poluição produzida atingiu níveis tais que resultassem ou pudessem resultar em danos à saúde humana, ou que provocassem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

Asseverou, ainda, que a condenação do Agravado levou em conta apenas a conduta de poluir, sem aferir o adequado preenchimento do tipo penal, procedendo-se a ilações no sentido de que o dano é implícito porque a conduta é potencialmente poluidora.

Peço vênia para divergir do Excelentíssimo Senhor Ministro Relator, pelas razões que passo a expor.

No caso dos autos, ao Agravado é imputado o delito de causar poluição, através do lançamento de resíduos, em desacordo com as exigências estabelecidas em ato normativo, que possa resultar em danos à saúde humana, nos termos do art. 54, § 2º, inciso V, da Lei de Crimes Ambientais.

De início, destaco que os princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, previstos no art. 225, da Constituição da República, devem orientar a interpretação das leis, tanto no direito ambiental, no que tange à matéria administrativa, quanto no direito penal, porquanto o meio ambiente é um patrimônio para essa geração e para as futuras, bem como direito fundamental, ensejando a adoção de condutas cautelosas, que evitem ao máximo possível o risco de dano, ainda que potencial, ao meio ambiente.

Sobre o tema, o Ministro Herman Benjamin, no artigo

Crimes Contra o Meio Ambiente ensina que a norma penal tem vocação dirigida fundamentalmente, para a prevenção do dano ambiental. Deixa-se então, o Direito Penal de danos em favor de um Direito Pe-

nal de riscos. Indo até além da simples prevenção, o Direito Ambiental moderno orienta-se pelo princípio da precaução. Daí o uso que o Direito Penal Ambiental faz da tipologia de perigo abstrato. É a maneira encontrada pela norma penal para, através da antecipação do momento consumativo do crime (não esperando pela ocorrência do resultado), ganhar em eficiência, pois o dano ambiental, pela sua complexidade, é de difícil constatação e reparação, quando não totalmente irreparável (Enfoque Jurídico, n. 4, p. 17, jan./fev. 1997. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32010>).

Nesse contexto, anoto que a Lei n. 9.605/1998, ao dispor sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dar outras providências, constitui um divisor de águas em matéria de repressão a ilícitos ambientais. Isto porque ela trouxe um outro viés, um outro padrão de punibilidade em matéria de crimes ambientais, trazendo a figura do crime de perigo.

Para melhor compreensão, destaco o tipo penal referente à situação ora analisada:

Seção III - Da Poluição e Outros Crimes Ambientais.

art. 54 - Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º (...).

§ 2º Se o crime: (...).

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

Ao examinar a dicção do *caput* do art. 54, da aludida lei, verifica-se perfis de crimes distintos. Isto porque o delito previsto na primeira parte do art. 54, da Lei n. 9.605/1998, possui natureza formal, porquanto o risco, a potencialidade de dano à saúde humana, é suficiente para configurar a conduta delitiva, não se exigindo, portanto, resultado naturalístico.

Por outro lado, consoante a parte final do dispositivo, segundo a qual para configurar o crime é necessário provocar “a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”, inequivocamente, está-se diante de crime material.

A propósito, destaco o seguinte precedente, julgado recentemente por esta 5ª Turma, no qual se afirma a natureza formal do crime de poluição quando cometido contra à raça humana:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. POLUIÇÃO (ARTIGO 54, *CAPUT*, DA LEI 9.605/1998). ALEGAÇÃO DE FALTA DE DESCRIÇÃO DA CONDUTA DO RECORRENTE. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS E DESCREVE CRIME EM TESE. AMPLA DEFESA GARANTIDA. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA.

(...)

APONTADA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE PERÍCIA QUE ATESTE A OCORRÊNCIA DE POLUIÇÃO QUE RESULTOU OU PUDESSE RESULTAR EM DANOS À SAÚDE HUMANA, MORTANDADE DE ANIMAIS OU DESTRUIÇÃO SIGNIFICATIVA DA FLORA. CRIME FORMAL. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVA LESÃO À SAÚDE DAS PESSOAS. EXISTÊNCIA DE LAUDO CONCLUINDO QUE HOUVE DANOS AMBIENTAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Da leitura do *caput* do artigo 54 da Lei 9.605/1998, depreende-se que a poluição deve ser penalmente relevante, vale dizer, deve ser capaz de causar

a morte ou a destruição de animais ou plantas, ou causar danos à saúde humana.

2. *Quando se trata de poluição que possa resultar em danos à saúde humana, está-se diante de crime formal, que não exige a presença de resultado naturalístico, consistente na efetiva afetação da saúde das pessoas.*

3. Desse modo, o fato de existir nos autos da ação penal laudo judicial no qual se afirmaria a inexistência de danos ambientais vigentes, por si só, não tem o condão de atestar a inocorrência do delito denunciado, de cunho formal, sendo certo que a aludida prova pericial deve ser valorada em conjunto com os demais elementos de prova pelo magistrado competente por ocasião da análise do mérito da acusação.

4. Ainda que assim não fosse, foi realizada perícia no local na qual se atestou que a poluição narrada na denúncia causou efetivos danos ao meio ambiente e à saúde humana, não havendo que se falar em falta de justa causa para a persecução penal.

5. Recurso improvido (RHC 40317/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 29/10/2013, destaques meus).

Neste mesmo sentido, consoante a lição de Paulo Affonso Leme Machado, o art. 54, da Lei de Crimes Ambientais, pode ser analisado em duas partes. A primeira parte descreve crime de resultado e crime de perigo. É crime causar poluição em níveis tais que resultem danos à saúde humana, como também, é crime causar poluição que possa resultar danos à saúde humana (*Direito Ambiental Brasileiro*, Malheiros Editores, 21ª ed. rev. e atual., 2013, p. 850).

A doutrina de Guilherme Nucci sobre o tema, classifica o delito como comum (pode ser cometido por qualquer pessoa); material (exige resultado naturalístico para a consumação, consistente na mortandade de animais ou destruição da flora), quanto aos animais e plantas, *mas formal (não exige resultado naturalístico necessário, consistente na afetação da saúde humana), com relação a seres humanos*; de forma livre (pode ser

cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo indica ação); instantâneo (a consumação se dá em momento determinado); *de perigo abstrato* (*independe da prova da probabilidade de efetiva lesão ao meio ambiente*); unissubjetivo (pode ser cometido por um só agente); plurissubsistente (cometido por mais de um ato); admite tentativa (*Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 951, destaques meus).

Dessa forma, parece-me que toda interpretação da Lei de Crimes Ambientais deve ser feita à luz dos princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, indicando o acerto da análise que a doutrina e a jurisprudência tem conferido à parte inicial do artigo 54, da Lei n. 9.605/1998, de que a mera possibilidade de causar dano à saúde humana é idônea a configurar o crime de poluição, evidenciada sua natureza formal ou, ainda, de perigo abstrato.

Verifica-se no caso em exame, a existência de três pocilgas verticais, nas quais são criados cerca de dois mil suínos, mantidos em sistema de confinamento, sendo a atividade notoriamente de alto potencial poluidor, desenvolvida sem o devido licenciamento ambiental, cujos dejetos estavam sendo despejados a céu aberto, correndo por uma vala que os levava até às margens do Rio do Peixe, situado em área de preservação permanente, conforme demonstram o Termo Circunstanciado de fl. 02; o Termo de Inquirição de fls. 11/12; bem como o levantamento fotográfico de fls. 13/14.

Desse modo, forçoso concluir o acerto das instâncias ordinárias, no sentido de que restou configurado o crime de poluição imputado ao Agravado, porquanto evidenciada por sua conduta a potencialidade do risco à saúde humana, devendo prevalecer o acórdão impugnado.

Isto posto, com a devida vênia do Excelentíssimo Ministro Relator, DOU PROVIMENTO ao agravo regimental para reconhecer a natureza formal do crime analisado e NEGO PROVIMENTO ao recurso especial, restabelecendo-se o acórdão recorrido.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Quinta Turma

Número Registro: 2013/0383156-9 Processo Eletrônico AgRg no Resp
1.418.795/SC

Matéria Criminal

Números Origem: 037030039084 20110694492 20110694492000100
20110694492000200 37030039084

Em Mesa Julgado: 22/05/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. Mario Luiz Bonsaglia

Secretário

Bel. Lauro Rocha Reis

AUTUAÇÃO

Recorrente: Edegar Antônio Castegnaro

Advogado: Rodrigo Indalêncio Vilela Veiga e outro(s)

Recorrido : Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Assunto: Direito Penal – Crimes Previstos na Legislação Extravagante –
Crimes contra o Meio Ambiente e o Patrimônio Genético

Agravo Regimental

Agravante: Ministério Público Federal

Agravado: Edegar Antônio Castegnaro

Advogado: Rodrigo Indalêncio Vilela Veiga e outro(s)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: “Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao agravo regimental e o voto da Sra. Ministra Regina Helena Costa dando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Moura Ribeiro”

Aguarda a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão monocrática de lavra do eminente Min. Marco Aurélio Bellizze que deu provimento ao recurso especial interposto por Edgar Antônio Castegnaro para absolvê-lo.

Aquele voto negou provimento ao agravo regimental sob o fundamento de que *não ficou demonstrado que a poluição produzida atingiu níveis tais que resultassem ou pudessem resultar em danos à saúde humana, ou que provocassem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.*

Por sua vez, a eminente Ministra Regina Helena Costa, abrindo divergência, deu provimento ao agravo para restaurar o acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sob o argumento de que o delito previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei nº 9.605/98, possui natureza formal porque o risco, a potencialidade de dano, é suficiente para configurar a conduta delitiva, não se exigindo, portanto, dano efetivo.

Após tal voto, pedi vista para melhor análise do caso.

Rendendo minhas homenagens ao Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurélio Bellizze e reconhecendo a profundidade jurídica do voto que lançou no presente caso, ousou dele divergir para acompanhar a divergência instaurada pelo voto da Ministra Regina Helena Costa, porque ao meu sentir o crime tratado nos autos possui mesmo natureza formal, não sendo necessário a comprovação de dano efetivo.

O presente caso se refere à imputação feita ao agravado, suinocultor, pela prática do crime previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei nº 9.605/98, porque no exercício da sua atividade mantinha 2.000 (dois mil) animais em três pocilgas verticais e os dejetos por eles produzidos eram despejados a céu aberto e corriam por uma vala até as margens do Rio do Peixe onde se depositavam. Foi constatado, ainda, a existência de uma tubulação escondida que permitia que os dejetos dos suínos fossem despejados diretamente no solo, também a céu aberto, sem nenhum tratamento o que teria ocasionado a poluição do meio ambiente (fl. 01).

Pois bem. Referido crime é mesmo formal, de perigo abstrato, bastando o mero risco de dano para que seja consumado uma vez que não se exige a presença do resultado naturalístico consistente na efetiva afetação da saúde das pessoas.

Como bem destacado na r. sentença de primeiro grau, o objeto jurídico de referida norma é a proteção do meio ambiente e a conduta incriminadora para Milaré e Costa Jr. “(...) é causar, originar, produzir e provocar, ocasionar poluição de qualquer natureza, desde que sejam ou possam ser produzidos danos à saúde humana, à fauna ou à flora” (Milaré, Edis e Costa Jr. Paulo José da. *Direito Penal Ambiental* – Comentários a Lei 9.605/98. São Paulo: Millennium. 2002. p. 147) (fl. 274).

Aliás, esse entendimento foi pacificado por esta Turma quando do julgamento do RHC 40317, de relatoria do eminente Ministro Jorge Mussi:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. POLUIÇÃO (ARTIGO 54, *CAPUT*, DA LEI 9.605/1998). ALEGAÇÃO DE FALTA DE DESCRIÇÃO DA CONDUTA DO RECORRENTE. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS E DESCREVE CRIME EM TESE. AMPLA DEFESA GARANTIDA. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA.

(...)

APONTADA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE PERÍCIA QUE ATESTE A OCORRÊNCIA DE POLUIÇÃO QUE RESULTOU OU PUDESSE RESULTAR EM DANOS À SAÚDE HUMANA, MORTANDADE DE ANIMAIS OU DESTRUIÇÃO SIGNIFICATIVA DA FLORA. CRIME FORMAL. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVA LESÃO À SAÚDE DAS PESSOAS. EXISTÊNCIA DE LAUDO CONCLUINDO QUE HOVE DANOS AMBIENTAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Da leitura do *caput* do artigo 54 da Lei 9.605/1998, depreende-se que a poluição deve ser penalmente relevante, vale dizer, deve ser capaz de causar a morte ou a destruição de animais ou plantas, ou causar danos à saúde humana.

2. *Quando se trata de poluição que possa resultar em danos à saúde humana, está-se diante de crime formal, que não exige a presença de resultado naturalístico, consistente na efetiva afetação da saúde das pessoas.*

3. Desse modo, o fato de existir nos autos da ação penal laudo judicial no qual se afirmaria a inexistência de danos ambientais vigentes, por si só, não tem o condão de atestar a inocorrência do delito denunciado, de cunho formal, sendo certo que a aludida prova pericial deve ser valorada em conjunto com os demais elementos de prova pelo magistrado competente por ocasião da análise do mérito da acusação.

4. Ainda que assim não fosse, foi realizada perícia no local na qual se atestou que a poluição narrada na denúncia causou efetivos danos ao meio ambiente e à saúde humana, não havendo que se falar em falta de justa causa para a persecução penal.

5. Recurso improvido (RHC 40317/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 29/10/2013).

O eminente Ministro Jorge Mussi em seu voto, inclusive cita lição de Guilherme de Souza Nucci para quem o crime aqui imputado é

comum (pode ser cometido por qualquer pessoa); material (exige resultado naturalístico para a consumação, consistente na mortandade de animais ou destruição da flora), quanto aos animais e plantas, *mas formal (não exige resultado naturalístico necessário, consistente na afetação da saúde humana), com relação a seres humanos*; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo indica ação); instantâneo (a consumação se dá em momento determinado); *de perigo abstrato (independe da prova da probabilidade de efetiva lesão ao meio ambiente)*; unissubjetivo (pode ser cometido por um só agente); plurissubsistente (cometido por mais de um ato); admite tentativa (*Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 951, sem destaque no original).

Outras doutrinas não discrepam.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Christiany Pegorari Conte, entendem que

os dispositivos da lei ambiental que tratam dos delitos relacionados à poluição configuram crimes de perigo bastando, portanto, a mera possibilidade de ocorrência do dano. No caso do art. 54 essa característica se traduz na expressão “... possam resultar dano à saúde humana, mortandade de animais ou destruição significativa da flora” (*Crimes Ambientais*. São Paulo: Saraiva. 2012, p.176).

Por sua vez, ao comentar o art. 54, da Lei nº 9.605/1998, Édis Milaré ensina que em sua primeira parte, ao tutelar a saúde humana, o crime pode ser de dano ou de perigo: causar poluição em níveis tais que resultem (crime de dano) ou possam resultar (crime de perigo) (*Direito do Ambiente – A Gestão Ambiental em Foco*, Revista dos Tribunais, 5ª ed. ref., atua. e ampl., 2007, p. 950).

O mesmo autor ainda acrescenta que *na formulação dos tipos penais não pode o legislador perder a perspectiva eminentemente preventiva que embasa todo o Direito do Ambiente* e ao citar Antonio Herman V. Benjamin ainda ensina que o que justifica a tendência da moderna ciência penal em conceber o crime ecológico, cada vez mais, como crime de perigo é o fato de que

todas as disciplinas jurídicas que cuidam da gestão do meio ambiente apresentam em comum esse desafio: abarcar também os riscos e não somente os danos, pois o prejuízo ambiental é, comumente, de difícil identificação (condutas fluidas e temporalmente prostráteis), de larga dimensão e irreparável (Antonio Herman V. Benjamin apud Édis Milaré *ibidem*, p. 923).

Por essas razões, continua ensinando que “nessa direção, procurou o legislador de 1998, em relação às infrações ambientais, desenhar também os chamados tipos de perigo, especialmente de perigo abstrato, para os quais é suficiente a mera probabilidade de dano” (*idem* p. 923).

Na mesma linha é o posicionamento de Paulo Affonso Leme Machado para quem o art. 54, da mencionada Lei, pode ser analisado em duas partes. “A primeira parte descreve crime de resultado e crime de perigo. É crime causar poluição em níveis tais que resultem danos à saúde humana, *como também, é crime causar poluição que possa resultar danos à saúde humana*” (*Direito Ambiental Brasileiro*. Malheiros Editores, 21ª ed. rev. e atua., 2013, p. 850, sem grifo no original).

Ainda sobre o tema, o eminente Ministro Herman Benjamin, no artigo Crimes Contra o Meio Ambiente doutrina que

a norma penal tem vocação dirigida fundamentalmente, para a *prevenção* do dano ambiental. Deixa-se então, o *Direito Penal de danos* em favor de um *Direito Penal de riscos*. Indo até além da simples prevenção, o Direito Ambiental moderno orienta-se pelo *princípio da precaução*. Daí o uso que o Direito Penal Ambiental faz da tipologia de perigo abstrato. É a maneira encontrada pela norma penal para, através da antecipação do momento consumativo do crime (não esperando pela ocorrência do resultado), ganhar em eficiência, pois o dano ambiental, pela sua complexidade, é de difícil constatação e reparação, quando não totalmente irreparável (Enfoque Jurídico, n. 4, p. 17, jan./fev. 1997. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32010>).

Por fim, Ana Maria Moreira Marchesan ao discorrer sobre o art. 54, da Lei nº 9.605/1998, concorda com Nelson Bugalho e pontua que o tipo não exige para sua consumação a ocorrência de dano, tampouco a ocorrência de perigo concreto, “contentando-se a lei que a conduta do sujeito ativo (poluidor) seja apta a causar danos aos bens e interesses protegidos” (Nelson Bugalho apud Ana Maria Moreira Marchesan, “Poluição e outros crimes ambientais” *in* Ana Maria Moreira Marchesan e Annelise Monterio Steigleder (orgs.), Crimes Ambientais – Comentários à Lei 9.605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.240).

Há de se ressaltar, ainda, que os dejetos que eram despejados a céu aberto escorriam até o Rio do Peixe, área de preservação permanente conforme indicado na denúncia, por força do art. 4º, da Lei 12.651/2012 - Código Florestal, o que torna a conduta mais gravosa ao meio ambiente.

No caso, não se pode deixar de lado, inclusive, a potencialidade lesiva existente no fato dos dejetos resultantes da criação, sem licença

ambiental, de 2.000 (dois mil) suínos serem despejados a céu aberto e escorrerem ao leito do Rio do Peixe, sem tratamento sanitário (conforme demonstram o Termo Circunstanciado de fl. 02; o Termo de Inquirição de fls. 11/12; levantamento fotográfico de fls. 13/14).

Em relação a potencialidade lesiva do crime de poluição também há precedente desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL. (OITO) OFÍCIOS ENVIADOS PELO MPF A FIM DE INSTRUIR INQUÉRITO CIVIL COM OBJETIVO DE PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA CONTENÇÃO DE DEGRADAÇÃO AMBIENTAL. SILÊNCIO INJUSTIFICADO (PELA DEMORA DE TRÊS ANOS) DA PARTE RECORRIDA. ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO. CARACTERIZAÇÃO. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. INCI-DÊNCIA.

(...)

15. Não custa pontuar que, na seara ambiental, o aspecto temporal ganha contornos de maior importância, pois, como se sabe, *a potencialidade das condutas lesivas aumenta com a submissão do meio ambiente aos agentes degradadores.*

16. Tanto é assim que os princípios basilares da Administração Pública são o da prevenção e da precaução, cuja base empírica é justamente a constatação de que o tempo não é um aliado, e sim um inimigo da restauração e da recuperação ambiental.

17. Note-se, vez mais, que ambos foram amplamente incorporados pelo ordenamento jurídico vigente, ainda que de modo implícito, como deixam crer os arts. 225 da Constituição da República e 4º e 9º (notadamente o inc. III) da Lei n. 6.938/85, entre outros, passando a incorporar o princípio da legalidade ambiental.

18. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, a fim de remeter os autos à origem para seqüência da ação de improbidade ad-

ministrativa (REsp 1116964/PI, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15/03/2011, DJe 02/05/2011).

DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE. DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO. OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO.

I - O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou “convênio” para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho.

II - Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei n.º 8.987 de 13.02.95), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º da Lei n.º 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; *o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação* (REsp 28.222/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Segunda Turma, julgado em 15/02/2000, DJ 15/10/2001, p. 253).

Nesse sentido também é o posicionamento dos Eg. Tribunais de Justiça Estaduais:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES AMBIENTAIS. POLUIÇÃO AMBIENTAL E ARMAZENAMENTO DE PRODUTO PERIGOSO SEM LICENÇA. ARTIGOS 54, *CAPUT* E §2º, INCISO V, E ART. 56, *CAPUT*, DA LEI N.º 9.605/98. *POLUIÇÃO AMBIENTAL. PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO, BASTA A POTENCIALIDADE DE RISCO À SAÚDE HUMANA*. DEPÓSITO DE CROMO E OUTROS RESÍDUOS QUÍMICOS COM POSSIBILIDADE DE INFILTRAÇÃO NO SOLO E CONTAMINAÇÃO DOS MANANCIAS SUBTERRÂNEOS. ARMAZENAMENTO DE SUBSTÂNCIAS TÓXICAS EM DESACORDO COM NORMAS REGULAMENTARES. TRATANDO-SE DE EMPRESA DE GALVANIZAÇÃO, PELA PRÓPRIA NATUREZA DA ATIVIDADE EMPRESARIAL, DESNECESSÁRIA A PERÍCIA DO MATERIAL ARMAZENADO, UMA VEZ QUE A PROVA COLHIDA NÃO DEIXA DÚVIDAS DE QUE OS PRODUTOS SÃO NOCIVOS AO MEIO AMBIENTE. CONDENAÇÕES MANTIDAS. PENAS ADEQUADAMENTE FIXADAS. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO (Apelação Crime nº 70051842573, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcel Esquivel Hoppe, j. em 06/02/2013).

APELAÇÃO. CRIMES AMBIENTAIS. ART. 60 E ART. 54, § 2º, INCISO V, E § 3º DA LEI Nº 9.605/98. POLUIÇÃO AMBIENTAL. DESPEJO DE CROMO PRÓXIMO A RECURSO HÍDRICO. RISCO À SAUDE HUMANA.

Para a configuração do delito previsto no art. 54 da lei ambiental, basta a potencialidade de risco à saúde humana. Depósito de cromo com possibilidade de infiltração no solo e contaminação de recurso hídrico próximo a estabelecimento comercial. Condenação mantida. Apelação parcialmente provida, para declarar a extinção da punibilidade pela prescrição, quanto ao delito do art. 60 e reduzir a pena para o delito do art. 54, ambos da Lei nº 9.605/98. (Apelação Crime nº 70043777531, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, j. em 29/09/2011).

DELITO CONTRA O MEIO AMBIENTE. *POLUIÇÃO DE RIO. LAN-*

ÇAMENTO DE EFLUENTES, EXPONDO A PERIGO A INCOLUMIDADE HUMANA, ANIMAL E VEGETAL (ART. 54, § 2º, INC. V, DA LEI N. 9.605/98). TESTEMUNHO DE POLICIAL E DOCUMENTOS QUE NÃO DEIXAM MARGEM À DÚVIDA QUANTO AO ENVOLVIMENTO DO AGENTE NA ATIVIDADE ILÍCITA. CRIME FORMAL E DE PERIGO. DESNECESSIDADE DA OCORRÊNCIA EFETIVA DO DANO, BASTANDO A POTENCIALIDADE LESIVA QUE POSSA CAUSAR. DEIXAR DE ADOTAR MEDIDAS DE PRECAUÇÃO EM CASO DE RISCO DE DANO AMBIENTAL GRAVE OU IRREVERSÍVEL (ART. 54, § 3º, DA LEI N. 9.605/98). FIGURA EQUIPARADA. CONDUTA QUE NÃO PODE SER ENTENDIDA COMO AUTÔNOMA, NO CASO DOS AUTOS. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE SE CONFUNDEM COM O TIPO PENAL. EXCLUSÃO, TAMBÉM, DA PENA DE MULTA, IMPOSTA SEM PREVISÃO LEGAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE (TJSC, Apelação Criminal n. 2010.059681-8, de Joaçaba, Rel. Des. Irineu João Da Silva, j. 29-03-2011).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. QUEIMADA. TEMA RECORRENTE E PACIFICADO QUANTO À EVIDENTE NOCIVIDADE DA PRÁTICA. PRIMITIVISMO QUE NÃO SE COMPADECE COM AS EXIGÊNCIAS DE UM MERCADO SOFISTICADO COMO O DA UNIÃO EUROPÉIA. EMPRESARIADO ATENTO JÁ SE LIBEROU DESSA CONDUTA, NOCIVA AO AMBIENTE, À SAÚDE E AO PRÓPRIO INTERESSE COMERCIAL DA CATEGORIA SUCRO-ALCOOLEIRA. ECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. QUEIMADA DE PALHA DE CANA-DE-AÇÚCAR. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO E APROVAÇÃO DE ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL (EI A/RIMA) ANTES DA EVENTUAL AUTORIZAÇÃO PARA QUEIMA. CABIMENTO DIANTE DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO EM ATENDIMENTO DA MÁXIMA “IN DÚBIO PRO AMBIENTE”. SEMPRE QUE HOUVER UMA PROBABILIDADE MÍNIMA DE QUE OCORRA DANO COMO CONSEQÜÊNCIA DA ATIVIDADE POTENCIALMENTE LESIVA, NECESSÁRIA SE FAZ PROVIDÊNCIA DE ORDEM CAUTELAR. TAL PRINCÍPIO É COROLÁRIO DA DIRETIVA CONSTI-

TUCIONAL QUE ASSEGURA O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E À SÁDIA QUALIDADE DE VIDA. NA ESPÉCIE, É NECESSÁRIA A ELABORAÇÃO DE EIA/RIMA COMO CONDICIONANTE DE AUTORIZAÇÃO PARA QUEIMA DIANTE DA POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO

(...)

O direito ao meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, é assegurado não apenas aos vivos, mas também aos herdeiros do porvir, ou seja, às futuras gerações. Por isso mesmo é que não se pode cotejá-los para prestigiar outros direitos, igualmente legítimos, mas que não tenham essa dimensão intergeracional. Em relação ao princípio da precaução, sua incidência diz respeito a conseqüências ainda não cientificamente comprovadas de práticas pretensamente lesivas.

Já a queimada de palha de cana-de-açúcar, reconhecidamente nociva e nefasta, tanto à natureza como à saúde das pessoas, reclama incidência do princípio da prevenção, pois não há incerteza, mas absoluta convicção de que ela causa mal generalizado e deve ser extirpada como prática, até porque é também contraproducente para a vocação globalizada do setor sucro-alcooleiro (Apelação nº 9213782-64.2005.8.26.0000, Rel. Des. Renato Nalini, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 25/11/2010).

Para colocar uma pá de cal sobre o assunto, o Conselho Estadual do Meio Ambiente de Santa Catarina, por meio da Resolução nº 1/2004, publicada no DOSC de 27.09.2004, reconheceu como potencialmente poluidora a atividade de suinocultura.

LISTAGEM DAS ATIVIDADES CONSIDERADAS POTENCIALMENTE CAUSADORAS DE DEGRADAÇÃO AMBIENTAL LISTAGEM DE ATIVIDADES – CLASSIFICAÇÃO

(...)

01 - ATIVIDADES AGROPECUÁRIAS E SILVICULTURAIS

(...)

01.54.00 - Granja de suínos – terminação

Pot. Poluidor/Degradador: Ar: P Água: G Solo: P Geral: G

Porte: $500 \leq C_{\text{máx}C} \leq 900$: pequeno

$900 < C_{\text{máx}C} < 2000$: médio

$C_{\text{máx}C} \geq 2000$: grande

(...)

01.54.01 - Unidades de produção de leitão – UPL

Pot. Poluidor/Degradador: Ar: P Água: G Solo: P Geral: G

Porte: $120 \leq C_{\text{máx}M} \leq 360$: pequeno

$360 < C_{\text{máx}M} < 800$: médio

$C_{\text{máx}M} \geq 800$: grande

01.54.02 - Granja de suínos – creche

Pot. Poluidor/Degradador: Ar: P Água: G Solo: P Geral: G

Porte: $1200 \leq C_{\text{máx}C} \leq 3600$: pequeno

$3600 < C_{\text{máx}C} < 8000$: médio

$C_{\text{máx}C} \geq 8000$: grande

01.54.03 - Granja de suínos de ciclo completo

Pot. Poluidor/Degradador: Ar: P Água: G Solo: P Geral: G

Porte: $60 \leq C_{\text{máx}M} \leq 100$: pequeno

$100 < C_{\text{máx}M} < 230$: médio

$C_{\text{máx}M} \geq 230$: grande

Aonde o Pontencial Poluidor pode ser: P = pequeno; M = médio;

e, G = grande.

$C_{\text{máx}C}$ = Capacidade Máxima de Cabeças

Nestas condições, pedindo vênia ao Ministro Marco Aurélio Bellizze, pelo meu voto, acompanho o voto da Ministra Regina Helena Costa, e também dou provimento ao agravo regimental para o fim de condenar o réu-agravado pela prática do crime previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei nº 9.605/98, nos termos da r. sentença condenatória.

É o meu voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Quinta Turma

Número Registro: 2013/0383156-9 Processo Eletrônico AgRg no REsp 1.418.795/SC

Matéria Criminal

Números Origem: 037030039084 20110694492 20110694492000100 20110694492000200 37030039084

Em Mesa Julgado: 18/06/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze

Relatora para Acórdão

Exma. Sra. Ministra Regina Helena Costa

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. Guilherme Magaldi Netto

Secretário

Bel. Lauro Rocha Reis

AUTUAÇÃO

Recorrente: Edegar Antônio Castegnaro

Advogado: Rodrigo Indalêncio Vilela Veiga e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Assunto: Direito Penal – Crimes Previstos na Legislação Extravagante – Crimes contra o Meio Ambiente e o Patrimônio Genético
Agravado Regimental
Agravante: Ministério Público Federal
Agravado: Edegar Antônio Castegnaro
Advogado: Rodrigo Indalêncio Vilela Veiga e outro(s)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: “Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Regina Helena Costa, que lavrará o acórdão”.

Votaram com a Sra. Ministra Regina Helena Costa os Srs. Ministros Moura Ribeiro e Laurita Vaz.

Votou vencido o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi (art. 162, § 2º do RISTJ)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA

ÓRGÃO ESPECIAL

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2013.077468-6, da Capital

Relator: Des. Salim Schead dos Santos

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DEFINITIVO (ART. 12 DA LEI N. 12.069/2001). VIABILIDADE. DEFESA DA LEI PELO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO. OBRIGATORIEDADE. INEXISTÊNCIA. LEI ESTADUAL QUE GARANTE A INTERNAÇÃO DE GESTANTE DE ALTO RISCO NA REDE PRIVADA DE SAÚDE EM CASO DE INEXISTÊNCIA DE VAGA NA REDE PÚBLICA. INICIATIVA PARLAMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. USURPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVATIVA DO GOVERNADOR. RECONHECIMENTO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. CABIMENTO.

Uma vez devidamente instruído o feito, com a expedição das notificações exigidas pelo artigo 12 da Lei n. 12.069/2001, é possível o julgamento definitivo da ação.

No que toca aos termos do art. 85, § 4º, da Constituição, “[...] o que a Carta Estadual assegura é a garantia de que o Procurador-Geral do Estado ou do Município, conforme o caso, além da autoridade de cujo Órgão emanou a lei, seja citado, o que ocorreu no caso em apreço. O fato de o Procurador-Geral do Município [ou do Estado] não haver defendido a lei atacada não pode acarretar qualquer nulidade ou prejuízo ao feito e tampouco gerar a paralisação do processo” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2013.023973-5, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 20-11-2013).

“Nem se alegue que a intenção de dar maior efetividade ao direito fundamental à saúde, ou, ainda, a derrubada do veto aposto pelo Governador, convalidaria o vício formal observado na lei de iniciativa parlamentar que

dita comando à Administração Pública estadual, extrapolando os seus e inserindo-se no âmbito de atribuições do Governador.

“A regra da reserva de iniciativa legislativa constante do art. 61, § 10, II, e, da Constituição da República, resguarda o Poder Executivo, em qualquer nível de governo (de acordo com o princípio da simetria), de ingerências do Poder Legislativo na sua função administrativa de qualificar-se e organizar-se para prestar o serviço público propriamente dito” (ADI n. 2730/SC, rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe de 27-5-2010).

Nos termos do artigo 17 da Lei n. 12.069/2001, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Tribunal de Justiça, por maioria de dois terços de seus membros, poderá modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2013.077468-6, da comarca da Capital (Tribunal de Justiça), em que é requerente Governador do Estado de Santa Catarina, e requerido Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina:

O Órgão Especial decidiu, por unanimidade, julgar procedente o pedido inicial para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 16.025/2013, com efeitos a partir da publicação do acórdão. Custas legais.

O julgamento, realizado em 4 de junho de 2014, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Nelson Schaefer Martins, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Alexandre d'Ivanenko, Lédio Rosa de Andrade, Moacyr de Moraes Lima Filho, João Henrique Blasi, Jorge Luiz de Borba, Paulo Roberto Camargo Costa, Gaspar Rubick, Pedro Manoel Abreu, Trindade dos Santos, Newton Trisotto, Eládio Torret Rocha, Fernando Carioni, Torres Marques, Rui Fortes, Marcus Tulio Sartorato e Cesar Abreu.

Funcionou como representante do Ministério Público a Excelentíssima Senhora Procuradora de Justiça Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 9 de junho de 2014.

Salim Schead dos Santos

RELATOR

RELATÓRIO

O Governador do Estado de Santa Catarina ajuizou a presente ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, contra a Lei n. 16.025/2013, que possui a seguinte redação:

Art. 1º Fica assegurada a internação na rede hospitalar particular no Estado de Santa Catarina da gestante de alto risco, sempre que inexistir leito hospitalar vago na rede pública de saúde, em um raio de 200 km (duzentos quilômetros) do local da residência da gestante.

Parágrafo único. A internação a que menciona o *caput* será custeada pelo Estado.

Art. 2º A internação de que trata o art. 1º fica condicionada à realização pela gestante do pré-natal na rede pública de saúde.

Art. 3º Esta Lei será regulamentada no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data de sua publicação, nos termos do art. 71, inciso III, da Constituição Estadual.

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

Sustentou que referida lei, de origem parlamentar, usurpou a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, prevista no artigo 50, § 2º, VI, da Constituição do Estado, pois, ao estabelecer programa governamental, interferiu de forma direta e indevida na organização funcional da Administração Pública. Sustentou, ainda, a ofensa ao artigo 50, § 2º, III, ao artigo 120 e ao artigo 123, I, todos da Constituição Estadual, na

medida em que a lei atacada criou despesa não prevista nas leis orçamentárias, cuja iniciativa também pertence privativamente ao Chefe do Poder Executivo. No mais, afirmou a inviabilidade da destinação de recursos públicos à entidade privada de saúde com fins lucrativos, principalmente sem prévia licitação e sem controle de gastos, porquanto estaria caracterizada a ofensa aos artigos 17, 62 e 156 da mesma Constituição (fls. 2 a 11). Juntou documentos (fls. 12 a 27).

Adotou-se o rito do artigo 12 da Lei n. 12.069/2001 (fl. 31).

A Assembleia Legislativa, por seu Presidente, narrou o processo legislativo que culminou com a norma atacada. No mais, defendeu a constitucionalidade da norma, ao argumento de que, em vez de usurpar a iniciativa privativa do Governador, a Assembleia Legislativa exerceu a sua competência legislativa para concretizar o direito à saúde garantido pela Constituição, visando suprir a omissão da Administração quanto à questão tratada na lei. Disse, ainda, que a Constituição veda o início de programas que não estejam incluídos na Lei Orçamentária, mas que seu início é plenamente possível após a referida inclusão, que deverá ser feita oportunamente. Por fim, afirmou que o que hoje se considera despesa, a longo prazo representará contenção de gastos, pois a medicina preventiva é menos dispendiosa que a medicina curativa (fls. 33 a 45). Juntou documentos (fls. 46 a 92).

O feito foi remetido à Procuradoria-Geral do Estado e retornou sem manifestação (fl. 93).

O representante da Procuradoria-Geral de Justiça, Procurador de Justiça Basílio Elias De Caro, de início, manifestou-se pela desnecessidade da defesa da norma pela Procuradoria-Geral do Estado, tendo em conta que a referida instituição, por seu Procurador-Geral, subscreveu a petição inicial juntamente com o Governador. No mérito, manifestou-se

pela improcedência da ação, por entender que a lei atacada “não provoca qualquer alteração na estrutura administrativa do Estado, conforme alegado na inicial. Apenas se limita a declarar, expressamente, o direito à saúde das gestantes de alto risco, que, por imperativo constitucional, deve ser prestado pelo Estado através da estrutura que dispõe para tratar dos assuntos correlatos à saúde”; entendeu, além disso, que a lei atacada “não acarreta nenhuma despesa que já não devesse estar prevista no orçamento anual da saúde, o qual poderá, ainda, ser reforçado por meio da abertura de crédito suplementar”, e que não resta configurada a transferência de recurso público a entidades privadas sem a necessária licitação, pois a lei “em nenhum momento, trata de como se dará o pagamento dessas entidades, até porque essa questão deve ser objeto de regulamentação, em instrumento próprio, pelo Chefe do Executivo” (fls. 95 a 108).

É o relatório.

VOTO

1 – Julgamento definitivo

Adotou-se o rito do artigo 12 da Lei n. 12.069/2001 e, diante das manifestações acostadas nos autos, o feito encontra-se em condições de julgamento definitivo. Vale transcrever o referido artigo:

Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Procurador-Geral do Estado ou do Município, conforme o caso, e do Procurador-Geral de Justiça, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Este é o posicionamento que vem sendo adotado nesta Corte Estadual, conforme se percebe no seguinte precedente:

Há no presente feito pedido cautelar, o qual, registra-se, ainda não foi analisado. Não obstante, tendo em vista que o processo encontra-se devidamente instruído, observando estritamente o postulado do devido processo legal e seus corolários, submeto a demanda diretamente a este colendo Órgão Especial, que dispõe da faculdade de julgar definitivamente a ação, com fulcro no art. 12 da Lei Estadual n. 12.069/2001 (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2009.072645-5, de São José, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 15-2-2012).

2 – Defesa do texto impugnado

O artigo 103, § 3º, da Constituição da República, dispõe:

Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Em Santa Catarina, por simetria, o artigo 85, § 4º, da Constituição Estadual determina:

Quando o Tribunal de Justiça apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Procurador-Geral do Estado, a Procuradoria Legislativa da Assembléia ou o Procurador do Município, conforme o caso, que defenderão o texto impugnado.

Ocorre que, não obstante a literalidade dos dispositivos, o fato de o Procurador-Geral do Estado ter deixado de realizar a defesa da lei ata-

cada não impede o julgamento da ação. Com efeito, embora o texto da Constituição Estadual possa denotar a obrigatoriedade daquela defesa (art. 85, § 4º), o Supremo Tribunal Federal, analisando o dispositivo simétrico da Constituição da República (art. 103, §3º), já resolveu questão de ordem no sentido de que é essencial apenas a garantia da oportunidade de manifestação do órgão mencionado na regra constitucional – no caso do sistema de controle federal, a Advocacia-Geral da União –, que não está obrigado a adotar postura sempre defensiva.

Vale citar:

O Tribunal, por maioria, rejeitou a questão de ordem no sentido de suspender o julgamento para determinar ao Advogado-Geral da União que apresente defesa da lei impugnada, nos termos do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio (suscitante) e Joaquim Barbosa (ADI n. 3916/DF, rel. Ministro Eros Grau, DJe de 13-5-2010).

Dos debates travados nessa questão de ordem, cabe transcrever a seguinte parte da manifestação do Ministro Gilmar Mendes:

[...] parece-me que aqui – embora o texto seja expresso, claro, tal como sustentou o Ministro Marco Aurélio – nós temos que, para fazermos uma interpretação adequada, optar por uma interpretação sistêmica, que concede ao Advogado-Geral da União um direito de manifestação. Não há uma obrigatoriedade de fazer a defesa do ato impugnado, até porque, em muitos casos, nós podemos ter uma situação quase que de conflito. O Advogado-Geral da União poderá eventualmente suscitar uma ação direta em nome do Presidente da República e, depois, ter que defender em relação ao ato estadual.

De modo que, parece-me que o encaminhamento deveria ser nesse sentido. Salvo engano, essa questão de ordem foi suscitada – acho que o Relator foi o Ministro Maurício Corrêa – no sentido de aceitar, portanto, que o Advogado-Geral da União exerça esse direito de manifestação. Talvez não tenha sido

a melhor opção do constituinte ter designado o Advogado como curador, porque, a rigor, ele é, na verdade, uma parte protagonista desta cena.

O Ministro Cezar Peluso também ponderou o fato de que a Constituição não prevê nenhuma sanção que possa ser imposta pelo Tribunal ao Advogado-Geral da União para o caso de não adotar postura de defesa do texto normativo atacado, o que reforça a ideia de que o que se deve garantir é a oportunidade de manifestação. Vale citar a manifestação de Sua Excelência:

[...] a despeito de reconhecer que, nos outros casos [em que a tese da petição inicial não coincide com os interesses da União], a Advocacia-Geral da União deve exercer esse papel de contraditor do processo objetivo, há outro problema, de ordem prática: a Corte não tem competência para impor nenhuma sanção, porque nenhuma está prevista na Constituição, quando a Advocacia-Geral da União não exerce a função que lhe é reservada. Em outras palavras, trata-se de hipótese de preceito cuja inobservância não acarreta nenhuma sanção constitucional. Penso que a Corte não tem o que fazer, senão observar que o Advogado-Geral da União, nos outros casos, não está obedecendo ao mandato constitucional. Acho que a Corte está desprovida de poderes para impor alguma sanção. Por quê? Porque a mim me parece que seria demais criar um constrangimento, determinando que o Advogado-Geral se manifeste em sentido contrário, quando sua convicção jurídica é outra. Ele irá – se quiser – exercer um papel puramente formal, artificial, alinhando dois ou três argumentos sem nenhuma consistência, ou, então, não vai fazer nada, porque o tribunal não pode obrigá-lo. Entendo que fica a observância da norma, como tal, para ser ponderada pela Advocacia-Geral da União.

Nesta Corte Estadual, em situações semelhantes, firmou-se entendimento pela não obrigatoriedade de postura defensiva por parte do Procurador-Geral do Estado ou do Município, valendo citar os seguintes precedentes:

[...] o que a Carta Estadual assegura é a garantia de que o Procurador-Geral do Estado ou do Município, conforme o caso, além da autoridade de cujo Órgão emanou a lei, seja citado, o que ocorreu no caso em apreço. O fato de o Procurador-Geral do Município não haver defendido a lei atacada não pode acarretar qualquer nulidade ou prejuízo ao feito e tampouco gerar a paralisação do processo, até porque, vale gizar, a Câmara de Vereadores do Município defendeu a validade do ato (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2013.023973-5, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 20-11-2013).

No expressivo dizer de Moniz de Aragão, “*a lei não pode ser interpretada de modo a conduzir ao absurdo*” (*Comentários ao código de processo civil*, Forense, 4ª ed., v. II, p. 423).

Encontra-se superada a tese de que o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral do Estado e o Procurador-Geral do Município, conforme o caso, estão obrigados a defender a constitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado na ação direta de inconstitucionalidade.

[...]

A petição inicial foi subscrita pelo Procurador-Geral do Município. Portanto, não é necessário cumprir o art. 8º da Lei n. 12.069, de 2001 (*omissis*). Data venia, parece-me absurdo, teratológico, exigir que viesse o Procurador do Município contrariar os argumentos e as teses que sustentou na petição inicial (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2011.002819-8, de Correia Pinto, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 7-11-2012).

Dessa forma, não há qualquer empecilho para a continuidade do julgamento.

3 – Mérito

3.1 – O Governador do Estado de Santa Catarina sustenta a inconstitucionalidade da Lei de origem parlamentar que, em síntese, assegurou “a internação na rede hospitalar particular no Estado de Santa Catarina da gestante de alto risco, sempre que inexistir leito hospitalar vago

na rede pública de saúde, em um raio de 200 km (duzentos quilômetros) do local da residência da gestante” (art. 1º). E com razão.

3.2 – A Constituição Estadual prescreve:

Art. 50. [...]

[...]

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

[...]

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

O mencionado artigo 71 dispõe:

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

[...]

IV - dispor, mediante decreto, sobre:

- a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Conforme se percebe, a iniciativa para o projeto de lei que verse, de alguma forma, sobre as atribuições de órgãos da administração direta é do Chefe do Poder Executivo. Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Compete privativamente ao Governador do Estado, pelo princípio da simetria, a direção superior da administração estadual, bem como a iniciativa para propor projetos de lei que visem criação, estruturação e atribuições de Secre-

tarias e órgãos da administração pública (CF, artigos 84, II e IV e 61, § 1º, II, e). 2. Hipótese em que o projeto de iniciativa parlamentar, transformado em lei, apresenta vício insanável caracterizado pela invasão de competência reservada ao Poder Executivo pela Constituição Federal (ADI n. 2646 MC/SP, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ de 4-10-2002).

É indispensável a iniciativa do Chefe do Poder Executivo (mediante projeto de lei ou mesmo, após a EC 32/01, por meio de decreto) na elaboração de normas que de alguma forma remodelem as atribuições de órgão pertencente à estrutura administrativa de determinada unidade da Federação (ADI n. 3254/ES, rel. Ministra Ellen Gracie, DJ de 2-12-2005).

O Tribunal de origem declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 3.963/03, do Município de Sertãozinho, sob o fundamento de que esse diploma não poderia ter imposto diretrizes ou obrigações, de necessária observação, para órgãos da Administração. Com efeito, esse entendimento está em sintonia com a jurisprudência da Corte no sentido de que padece de inconstitucionalidade formal a lei resultante de iniciativa parlamentar que disponha sobre atribuições de órgãos públicos, matéria afeta ao Chefe do Poder Executivo (RE n. 490618/SP, rel. Ministro Dias Toffoli, DJe de 8-11-2010).

O mesmo entendimento vem sendo adotado nesta Corte Estadual, valendo citar os seguintes precedentes:

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

Em que pese o louvável propósito, não pertence à Edilidade a iniciativa do projeto de lei que, ao instituir programa de promoção da saúde dos municípios com mais de 45 (quarenta e cinco) anos de idade, interfere diretamente na organização e no funcionamento da estrutura executiva, em respeito ao teor do art. 50, § 2º, VI, da CESC, bem como ao art. 32 da Carta em questão (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2002.018455-7, de Rio do Sul, rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 20-4-2005).

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 ASSEMBLÉIA 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 (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2011.008395-0, da Capital, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 21-9-2011).

No presente caso, portanto, o vício de iniciativa é inegável, na medida em que a Assembleia Legislativa usurpou a competência privativa do Governador ao dar início a processo legislativo que culminou com a Lei que obrigou o Poder Executivo a garantir e a providenciar a internação de gestantes de alto risco em hospitais particulares, implicando a criação de novas atribuições a órgãos da Administração direta. De fato, conforme o autor bem afirmou, “a execução de tal política pública ou mesmo o seu mero ressarcimento conta com a orientação e controle dos órgãos do Poder Executivo, cuja organização e funcionamento cabe exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo” (fl. 4).

Note-se que, em situação semelhante, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade, por vício de iniciativa, dos artigos 2º, 3º e seus parágrafos, 7º, 8º e 9º, parágrafo único e seus incisos, da Lei n. 12.385/2002, deste Estado, que assegurava a realização de exames para diagnóstico de doença celíaca, concedia cesta básica mensal com produtos sem glúten aos portadores da doença economicamente carentes, tudo a expensas do Estado, bem como estabelecia atribuições à Secretaria de Estado do Desenvolvimento Social e da Família, à Secretaria de Estado da Saúde e à Secretaria de Estado da Educação e do Desporto, todas

relacionadas com as cautelas e procedimentos atinentes aos portadores de doença celíaca.

O acórdão do referido julgamento recebeu a seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 12.385/2002, DO ESTADO DE SANTA CATARINA QUE CRIA O PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA ÀS PESSOAS PORTADORAS DA DOENÇA CELÍACA E ALTERA AS ATRIBUIÇÕES DE SECRETARIAS ESTADUAIS. VÍCIO FORMAL. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo estadual para legislar sobre a organização administrativa do Estado. Art. 61, § 1º, inc. II, alínea e, da Constituição da República. Princípio da simetria. Precedentes. [...] 4. Ação julgada parcialmente procedente (ADI n. 2730/SC, rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe de 27-5-2010).

Vale transcrever do voto da Relatora:

Nem se alegue que a intenção de dar maior efetividade ao direito fundamental à saúde, ou, ainda, a derrubada do veto aposto pelo Governador, convalidaria o vício formal observado na lei de iniciativa parlamentar que dita comando à Administração Pública estadual, extrapolando os seus e inserindo-se no âmbito de atribuições do Governador.

A regra da reserva de iniciativa legislativa constante do art. 61, § 10, II, e, da Constituição da República, resguarda o Poder Executivo, em qualquer nível de governo (de acordo com o princípio da simetria), de ingerências do Poder Legislativo na sua função administrativa de qualificar-se e organizar-se para prestar o serviço público propriamente dito (ADI n. 2730/SC, rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe de 27-5-2010).

Deste Tribunal, vale citar o seguinte precedente, em situação também semelhante:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE DISPÕE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE AVALIAÇÃO OFTALMOLÓGICA NOS ALUNOS DE PRIMEIRO GRAU DA REDE MUNICIPAL. VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO CHEFE DO EXECUTIVO MUNICIPAL. VIOLAÇÃO À HARMONIA E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES. ATO NORMATIVO QUE ALÉM DE NÃO OBSERVAR O PRINCÍPIO DA RESERVA DE INICIATIVA IMPLICOU EM AUMENTO DE DESPESA PÚBLICA. OFENSA AOS ARTIGOS 32, 71, IV, 'a' E 50, § 2º, VI DA CARTA CONSTITUCIONAL ESTADUAL. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

[...]

À evidência que a lei municipal questionada, embora contenha proposta bastante louvável, porquanto visa o bem estar e a saúde das crianças e adolescentes que estiverem cursando o ensino fundamental em escolas públicas, implicou em violação ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes (art. 2º, da CF e art. 32, da CE), pois a competência privativa para a instauração do processo legislativo visando a organização e o funcionamento da administração municipal, é sempre do Chefe do Poder Executivo (art. 71, IV, 'a' e 50, § 2º, VI, da CE) (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2011.057731-6, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Gaspar Rubick, j. em 16-10-2013).

No mais, não fosse a usurpação da iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, é de se notar que a norma atacada ainda viola dispositivos constitucionais que regulam a aplicação dos recursos públicos, inclusive na área da saúde, tais como o artigo 17, o artigo 62 e seu inciso II, e o parágrafo único do artigo 156, *in verbis*:

Art. 17. 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.

Art. 62. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

[...]

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e a eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração estadual, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; [...].

Art. 156. A assistência à saúde é livre a iniciativa privada, que pode participar de forma complementar do sistema único de saúde, observadas as diretrizes deste, mediante contrato de direito público, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Parágrafo único. É vedada a desatinação de recursos públicos para auxílios e subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

Destaque-se que esta Corte Estadual, por seu Órgão Especial, já reconheceu a inconstitucionalidade de lei do Município de Quilombo que, em síntese, possibilitava o ressarcimento de despesas médicas realizadas na rede privada de saúde quando houvesse o encaminhamento pelo profissional da rede pública.

Vale citar:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. RESSARCIMENTO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES DE MUNICÍPIES. DESCOMPASSO COM DIRETRIZES DA CARTA MAGNA ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. CARÁTER *EX NUNC*. AUSÊNCIA DE EFEITOS REPRISTINATÓRIOS.

Desvela-se inconstitucional Lei local que permite à Administração o ressarcimento de gastos feitos por municípios com tratamento de saúde na rede privada (englobando despesas médico-hospitalares, consultas, transporte e diárias para o paciente e eventual acompanhante, exames e medicamentos), pois ignora, por completo, como se inócuos fossem, rigorosos comandos da Carta Estadual, tais como os insertos no art. 17, *caput*, no art. 62, inc. II e no art. 156, destinados, de um lado, a preservar o princípio da economicidade e da regular aplicação dos recursos financeiros, e, de outro, a assegurar igualdade de condições a quem presta serviços ao Poder Público, ainda que indiretamente (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2009.022611-3, de Quilombo, rel. Des. João Henrique Blasi, j. em 4-7-2012).

Cabe ainda transcrever do voto do Relator:

A lei impugnada nestes autos, na essência, permite à Administração Pública local ressarcir gastos de municípios com consultas médicas especializadas, pagamentos de despesas médico-hospitalares, aquisição de medicamentos, transporte de paciente e, se solicitado por médico, também de acompanhante, ressarcindo-lhes diárias até certo valor e exames (art. 1º).

Para fazer jus a tais benefícios o quilombense deverá comprovar, cumulativamente: (i) que o tratamento foi solicitado por médico pertencente à rede municipal de saúde e que o encaminhamento foi realizado pelo serviço de saúde local; (ii) que houve parecer de assistente social da Municipalidade; (iii) que se deu o efetivo atendimento; e (iv) as despesas feitas (art. 2º).

Pois bem. A Constituição barriga-verde estabelece no seu art. 153, *caput*, repetindo o que se acha inscrito no art. 196 da Constituição da República, que a “saúde é direito de todos e dever do Estado”. [...]

[...]

Não obstante esse direito-maior, contraparte do dever estatal, é consabido que as despesas públicas têm que se pautar pela estrita observância de uma série de requisitos, tal como vincado no art. 17 da Carta catarinense:

[...]

Com efeito, contrastada com esse dispositivo, colhe-se que a Lei questionada ignora, por completo, como se inócuos fossem, rigorosos comandos constitucionais e infraconstitucionais (Lei n. 8.666/93, por exemplo) destinados, de um lado, a preservar o princípio da economicidade, e, de outro, a assegurar igualdade de condições a quem presta serviços ao Poder Público, ainda que indiretamente.

No mesmo norte caminha o assentado no art. 62, inc. II, da Constituição do Estado, no tocante à eficiência no serviço público [...].

Mas a norma impugnada, na contramão, permite aos beneficiários que, a seu exclusivo talante, por exemplo, escolham médicos ou clínicas particulares para prestar-lhes assistência, sendo certo que a Municipalidade ulteriormente ressarcir-los-á.

Note-se, ademais, como aspecto ainda mais gravoso, que sequer há alusão à prova de hipossuficiência financeira do munícipe, o que leva a crer que, pela letra fria da Lei increpada, até o mais abastado quilombense pode usufruir da *benesse*, o que patenteia rematado acinte à razoabilidade, pedra angular do direito.

A defesa formulada em prol da Lei averba que ela vem “sendo aplicada, especialmente, para a cobertura de consultas, exames e procedimentos [...] não disponíveis na rede básica de atendimento do Município” (fl. 61). No entanto, não é isso o que ressaí da dicção normativa impugnada que, por sua permissividade, revela alcances, a rigor, inimagináveis.

Outrossim, ressabidamente, não há óbice constitucional à atuação da iniciativa privada no setor da saúde, podendo, inclusive, complementar as ações públicas, a teor do disposto no art. 156 da Constituição Estadual. [...].

A Lei em exame, todavia, em nada afeiçoa-se ao cânone constitucional invocado, pois permite desmedido ressarcimento de despesas particulares com recursos públicos.

A inconstitucionalidade é, pois, manifesta (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2009.022611-3, de Quilombo, rel. Des. João Henrique Blasi, j. em 4-7-2012).

3.3 – Diante disso, nada obstante o louvável propósito da Casa Legislativa Estadual, não há como deixar de reconhecer a ocorrência da usurpação da iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

4 – Modulação dos efeitos

O artigo 17 da Lei n. 12.069/2001 possibilita a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos seguintes termos:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Tribunal de Justiça, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

No presente caso, não se pode deixar de considerar que a presente decisão possui o potencial de atingir a esfera jurídica dos beneficiários da lei que, de boa-fé e com base na presunção de constitucionalidade, tenham exercido o direito garantido pelo ato normativo declarado inconstitucional.

Dessa forma, a fim de abrandar o impacto da declaração de inconstitucionalidade e confortá-la ao imperativo da segurança jurídica, mostra-se razoável a modulação dos efeitos dessa mesma declaração, a fim de que tenham início após a publicação do acórdão.

Nesse sentido, em casos similares, pode-se citar os seguintes precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2007.040331-7, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 16-6-2010; Embargos de Declaração em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2011.031436-7, da Capital, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. em 19-12-2012; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2012.073780-5, de Criciúma, rel. Des. João Henrique Blasi, j. em 4-9-2013.

5 – Ante o exposto, deve-se conhecer julgar procedente o pedido inicial para que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 16.025/2013, com efeitos a partir da publicação do acórdão.

É o voto.

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010.026764-9, de São Francisco do Sul

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 26/10, DO MUNICÍPIO DE SÃO FRANCISCO DO SUL, QUE INSTITUIU INCENTIVO PARA A IMPLANTAÇÃO DE PROGRAMAS HABITACIONAIS DE INTERESSE SOCIAL, POR MEIO DA CONCESSÃO DO AUMENTO DO POTENCIAL CONSTRUTIVO, ACRÉSCIMO NA TAXA DE OCUPAÇÃO, NO COEFICIENTE DE APROVEITAMENTO DOS IMÓVEIS E NO NÚMERO DE PAVIMENTOS DAS EDIFICAÇÕES. MATÉRIA RELATIVA À PROTEÇÃO AMBIENTAL E AO USO DO SOLO URBANO. ZONA COSTEIRA. PROCESSO LEGISLATIVO SEM PARTICIPAÇÃO POPULAR. INCENTIVOS QUE PERMITEM A REGULARIZAÇÃO DE CONSTRUÇÕES E O AUMENTO DESCONTROLADO DA DENSIDADE POPULACIONAL EM PREJUÍZO AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, MORALIDADE E PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL. AFRONTA AOS ARTS. 16, 140, 141, I E III, E 180, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. PEDIDO ACOLHIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. ART. 17 DA LEI ESTADUAL N. 12.069/01.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010.026764-9, da comarca de São Francisco do Sul (1ª Vara), em que é requerente Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e requerido Município de São Francisco do Sul:

O Órgão Especial decidiu, por unanimidade, julgar procedente o pedido declarando a inconstitucionalidade da LC n.026/2010, do município de São Francisco do Sul, com modulação dos efeitos. Custas legais.

O julgamento, realizado na data de 21 de maio de 2014, foi presidi-

do pelo Excelentíssimo Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores: João Henrique Blasi, Marli Mosimann Vargas, Jorge Luiz Borba, Gaspar Rubick, Pedro Manoel Abreu, Trindade dos Santos, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Luiz César Medeiros, Eládio Torret Rocha, Sérgio Roberto Basch Luz, Fernando Carioni, Rui Fortes, Marcus Túlio Sartorato, Cesar Abreu, Ricardo Fontes e Lédio Rosa de Andrade.

Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Excelentíssimo Dr. José Galvani Alberton.

Florianópolis, 23 de maio de 2014.

Moacyr de Moraes Lima Filho

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo órgão do Ministério Público atuante na comarca de São Francisco do Sul, tendo como objeto a Lei Complementar Municipal n. 26, de 22 de abril de 2010, que “*institui incentivo para a implantação de programas habitacionais de interesse social*”, e acaba por permitir o aumento do potencial construtivo, da taxa de ocupação e do aproveitamento dos imóveis, além do número de pavimentos das edificações.

Sustenta, em linhas gerais, que a norma mencionada é formal e materialmente inconstitucional, porquanto afronta o disposto nos arts. 16, 140, 141 e 181, além do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, todos da Constituição do Estado. Argumenta que a nova Lei é menos restritiva do que a existente ao tratar do uso e da ocupação do solo e redundará em grandes prejuízos ao meio ambiente e à qualidade de vida da população. Acrescenta que, a despeito da existência de ação

civil pública, a alteração legislativa permite a regularização de edificações ilegais, mediante apenas a doação ao Município de imóvel ou valor em espécie, constituindo ofensa aos princípios da autonomia dos poderes, da impessoalidade e moralidade, além de privilégio àqueles que não observaram a legislação. Aduz, ainda, que qualquer modificação do tratamento legal da Zona Costeira deve considerar as demais normas federais e estaduais, bem como ser submetida a amplo debate popular.

Ao final, postula a concessão de medida cautelar, a fim de suspender os efeitos da norma, e a declaração de inconstitucionalidade (fls. 2/33).

Considerando a existência de pedido cautelar, adotou-se o procedimento do art. 10 e seguintes da Lei Estadual n. 12.069/01.

Ato contínuo, o Presidente da Câmara de Vereadores (fls. 144/147) e o curador especial, nomeado em virtude da inércia do Procurador-Geral do Município (fls. 178/190), prestaram informações, defendendo a constitucionalidade da Lei.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. José Galvani Alberton, manifesta pela procedência do pedido e, subsidiariamente, pela concessão da medida cautelar (fls. 197/203).

Em razão da nova composição deste Colegiado, os autos vieram conclusos a este Relator no dia 14 de fevereiro de 2014.

É o relato do essencial.

VOTO

O órgão do Ministério Público atuante na 1ª Promotoria de Justiça de São Francisco do Sul intentou Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei Complementar Municipal n. 26, de 22 de abril de 2010, que redundou na permissão ao aumento do potencial construtivo, da taxa de

ocupação e do aproveitamento dos imóveis, além do número de pavimentos das edificações.

1 Inicialmente, pondera-se que o art. 12 da Lei Estadual n. 12.069/01 faculta ao relator, quando articulado pedido de medida cautelar e colhidas as informações necessárias, o julgamento definitivo da ação em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica.

Na espécie, diante do estágio processual alcançado e do longo espaço de tempo decorrido, cumpre observar que o feito encontra-se pronto para julgamento definitivo, de modo que é submetido diretamente a este Órgão Julgador.

2 A norma questionada “*institui incentivo para a implantação de programas habitacionais de interesse social*” no Município de São Francisco do Sul. Ocorre que o incentivo criado corresponde à “*concessão do aumento no potencial construtivo do lote, assim entendido como o acréscimo na taxa de ocupação, no coeficiente de aproveitamento, e no número de pavimentos de edificação utilizados de forma conjunta ou não*” (art. 2º), o qual se condiciona à doação ao Município de terreno ou valor em espécie (art. 3º, *caput*), que “*serão utilizados exclusivamente no Programa Habitacional de Interesse Social do Município, vedada a utilização com despesas de pessoal*” (art. 3º, § 1º).

Além disso, a Lei permite que as edificações existentes, regularmente aprovadas, sejam beneficiadas com o referido incentivo, desde que cumpridas outras condições (art. 7º). Autoriza, ainda, a regularização das edificações, desde que anteriores à sua publicação, que tenham ultrapassado o coeficiente de aproveitamento, a taxa de ocupação e/ou a altura máxima permitida, adquirindo-se potencial construtivo correspondente à 90% (noventa por cento) da área irregular, bem como daquelas que estiverem ocupando linhas divisórias de terrenos sem a observância de recuo (art. 8º, *caput* e parágrafo único).

Alega o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, autor da demanda, que a norma é formal e materialmente inconstitucional, haja vista que ofende os arts. 16, 140, 141 e 181, além do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, todos da Constituição do Estado, representando grande prejuízo à tutela do meio ambiente do Município, que compõe a Zona Costeira.

Consoante o art. 225 da Constituição Federal, reproduzido no art. 181 da Constituição do Estado, *“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”*. Dentre os bens sujeitos à proteção, destacou-se, no § 4º do referido dispositivo, que *“a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais”*.

Para o desempenho e a elaboração do arcabouço normativo que garanta essa especial proteção ao meio ambiente, dispõe a Constituição Federal que é competência comum dos entes federativos proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, como também preservar as florestas, a fauna e a flora (art. 23, VI e VII). Compete-lhes legislar concorrentemente sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI). De outro lado, compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local, além de promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, I e VIII).

Em consonância, a Constituição do Estado reprisa aquela competência legislativa dos municípios em matéria ambiental (art. 112, I e VIII), bem como prevê:

Art. 140. A política municipal de desenvolvimento urbano atenderá ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e ao bem-estar de seus habitantes, na forma da lei.

Art. 141. No estabelecimento de normas e diretrizes relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e o Município assegurarão:

I - política de uso e ocupação do solo que garanta:

- a) controle da expansão urbana;
- b) controle dos vazios urbanos;
- c) proteção e recuperação do ambiente cultural;
- d) manutenção de características do ambiente natural;

II - criação de áreas de especial interesse social, ambiental, turístico ou de utilização pública;

III - participação de entidades comunitárias na elaboração e implementação de planos, programas e projetos e no encaminhamento de soluções para os problemas urbanos;

IV - eliminação de obstáculos arquitetônicos às pessoas portadoras de deficiência física;

V - atendimento aos problemas decorrentes de áreas ocupadas por população de baixa renda.

Já o art. 25 das Disposições Constitucionais Transitórias, que demonstra a preocupação da Carta em um momento de transição e carência legislativa, dispõe que *“até a promulgação da lei que instituir o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro não poderão ser expedidas pelos Municípios localizados na orla marítima normas e diretrizes menos res-*

tritivas que as existentes sobre o uso do solo, do subsolo e das águas, bem como sobre a utilização de imóveis no âmbito de seu território”.

3 Fixadas essas premissas, passa-se ao cotejo da norma impugnada com as normas de confronto.

3.1 De plano, o argumento do requerente de que, diante da vedação trazida pelo art. 25 das Disposições Constitucionais Transitórias, a Lei Complementar n. 26/10 não poderia modificar de forma menos restritiva as disposições concernentes ao uso e à ocupação do solo não merece ser acolhido. Isso porque o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro, estampado na Lei n. 13.553/05, já foi promulgado. Logo, não serve mais aquele dispositivo de parâmetro de confronto.

Por outro lado, os demais vícios enumerados na inicial devem ser reconhecidos e bastam à declaração de inconstitucionalidade da norma combatida.

3.2 Do vício formal

A competência dos municípios para legislar sobre assuntos de interesse local e promover o adequado ordenamento territorial é indiscutível, até porque, como se viu, prevista nas Constituições Federal e Estadual. Pondera-se, entretanto, que a autonomia dos entes federativos, especialmente legislativa, encontra limites no próprio texto constitucional.

A modificação de normas que possam redundar em prejuízo ao meio ambiente merece especial atenção. Ainda que possa representar a viabilização do desenvolvimento e crescimento urbano, muitas vezes ocasiona severo dano aos mecanismos de proteção de importante prerrogativa contemporânea, que está marcada por seu caráter metaindividual, traduzido no direito que todos têm a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, em benefício das presentes e futuras gerações.

Nessa linha, quando levados à apreciação de demandas que envol-

vam a tutela ambiental, os Tribunais têm sopesado a aplicação de importantes princípios cunhados pela doutrina especializada, os quais servem de suporte para a resolução de conflitos normativos. Desses postulados, destacam-se os princípios da solidariedade, da precaução, do mínimo existencial ecológico e da proibição do retrocesso ecológico.

Assim, se a Lei Municipal n. 763/81, que define os limites para a ocupação do solo e dimensão das edificações, pode ser considerada obsoleta, conforme manifestou o Presidente da Câmara dos Vereadores, deve ser submetida à cuidadosa revisão, permeada pela participação popular e norteadas pela tentativa de conciliar o progresso econômico e a proteção ambiental.

Essa exigência formal, não observada no caso concreto, está prevista no art. 141, III, da Constituição do Estado, *in verbis*: “*participação de entidades comunitárias na elaboração e implementação de planos, programas e projetos e no encaminhamento de soluções para os problemas urbanos*”.

Como bem destacou a douta Procuradoria-Geral de Justiça, “*as normas que versem sobre esta matéria não prescindem da participação popular na elaboração e implementação de planos, programas e projetos e no encaminhamento de soluções para os problemas urbanos*” (fl. 200).

Em mais de uma oportunidade, o Órgão Especial se manifestou pela autoaplicabilidade do mencionado dispositivo constitucional:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 2.950/2011, DO MUNICÍPIO DE IÇARA, QUE ALTEROU DISPOSITIVOS DAS LEIS N. 1.806/2002 E 1.807/2002, E QUE REVOGOU A LEI 2.019/2004, DIPLOMAS QUE DISPUNHAM SOBRE A POLÍTICA MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE, ALTERANDO A COMPETÊNCIA E ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE E FUNDAÇÃO MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE. MA-

TÉRIA RELATIVA À PROTEÇÃO AMBIENTAL E PARCELAMENTO DO SOLO URBANO. PROCESSO LEGISLATIVO SEM A PARTICIPAÇÃO POPULAR. VÍCIO FORMAL INSANÁVEL. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2011.047026-3, de Içara, rel. Des. Lédio Rosa de Andrade, j. em 2/5/2012)

E:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ/SC. LEGITIMIDADE ATIVA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA COMARCA. CÂMARA DE VEREADORES. ÓRGÃO DO QUAL EMANOU O ATO NORMATIVO IMPUGNADO (VÍCIO FORMAL NO PROCEDIMENTO LEGISLATIVO DE ELABORAÇÃO DAS LEIS OBJURGADAS). INFORMAÇÕES A SEREM PRESTADAS, NO PRAZO DE 30 DIAS, NOS MOLDES DO ART. 6º E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N. 12.069/2001.

LEI N. 4.904/09: ADEQUA OS ARTS. 1º E 3º DA LEI N. 1.604/85 (PLANO DIRETOR) AO ESTATUTO DA CIDADE (LEI FEDERAL N. 10.257/01). INCONSTITUCIONALIDADE QUE NÃO SE VISLUMBRA, POR ORA, ANTE A DESNECESSIDADE, EM TESE, DA PARTICIPAÇÃO POPULAR.

LEIS N. 4.923/09 (DISCIPLINA SOBRE A OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR) E N. 4.930/09 (REGULAMENTA A TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR). PROCESSO LEGISLATIVO. INEXISTÊNCIA DA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO MODO DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA POPULAR. CONFRONTO APARENTE COM OS ARTIGOS 1º, III E IV (CF, ART. 1º, II E III); 16, *CAPUT* (CF, ART. 37, *CAPUT*); 111, X (CF, ART. 29, II) E 141, III, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRESENÇA DO *PERICULUM IN MORA* E *FUMUS BONI IURIS*.

MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA PARCIALMENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010.079409-8, de São José, rel. Des. Cesar Abreu, j. em 21/9/2011)

Ainda:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MUNICÍPIO - LEI COMPLEMENTAR N. 019/2003 - LEI ORDINÁRIA N. 941/2002 - AFASTADA PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO - CRESCIMENTO VERTICAL EXAGERADO - NORMA VISANDO PRIVILÉGIO DE POUCOS - INSUFICIÊNCIA DE SANEAMENTO BÁSICO PARA RESPALDÁ-LO - COMPROMETIMENTO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL - AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ELABORAÇÃO DA NORMA - CONFRONTO AOS ARTS. 1º, III E IV; 16, *CAPUT*; 111, XII, 140, *CAPUT*; E 141, III, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - PLEITO VESTIBULAR ACOLHIDO. (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2008.031454-9, de Armazém, rel. Des. Edson Ubaldo, j. em 17/3/2010)

Ademais, o Estatuto da Cidade – Lei Federal n. 10.257/01 –, cuja atenção foi reclamada pelo Presidente da Câmara dos Vereadores, exalta a participação popular da sociedade, em seus variados segmentos sociais, para a implementação de normas relativas ao desenvolvimento urbano.

Consoante o seu art. 2º, II, a política urbana tem como uma de suas diretrizes a “*gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano*”.

Na espécie, contudo, “*não se encontra comprovação nos autos de que tenha ocorrido prévio estudo técnico ou quaisquer consulta à população*” (fl. 200).

Desse modo, constatada a afronta ao art. 141, III, da Constituição do Estado, deve ser declarada a inconstitucionalidade da norma em exame.

3.3 Do vício material

A viabilização do aumento do potencial construtivo, da taxa de ocupação e do aproveitamento dos imóveis, além do número de pavimentos das edificações, desacompanhada de qualquer estudo técnico acerca do impacto dessas medidas, demonstra o desalinhamento da norma contestada com os princípios urbanístico-ambientais e, por consequência, com o texto constitucional.

Consoante o art. 181 da Constituição do Estado, *“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”*.

Como algumas das zonas alcançadas pela Lei Complementar n. 26/10 compõem a área litorânea, o resultante aumento do uso do solo é ainda mais grave, porquanto esvaziado o louvável intento da Lei n. 763/81, que ponderava o movimento sazonal decorrente do período de verão.

Destaca-se:

Art. 25. As Zonas Residenciais (ZR-3, ZR-4 e ZR-5) - Destinam-se a atender a demanda de população flutuante que afluem a essas áreas nos períodos sazonais, procurando-se proteger a paisagem natural pois esta representa o principal fator de atração turística do Município.

Nota-se, aliás, que a própria Comissão de Obras e Serviços Públicos da Câmara Municipal emitiu parecer desfavorável ao projeto da Lei em debate, por considerá-la inconstitucional, em desconformidade com as demais leis municipais e não atender ao interesse público, destacando que *“ficou evidente que o pretendido não é resolver o problema da Habitação de Interesse Social, mas sim resolver problemas de proprietários*

irregulares e privilegiar alguns poucos com o aumento do potencial construtivo” (fls. 53/55).

Em atenção aos princípios da impessoalidade e moralidade, estampados no art. 16 da Constituição do Estado, como ponderou o douta Procuradoria-Geral de Justiça, “*não se pode permitir que determinados particulares sejam beneficiados porque, segundo depreende-se de sua Exposição de Motivos, deveria servir de fonte de recursos para o desenvolvimento de programas habitacionais de interesse social*” (fl. 43), *mas acaba, na prática, abrindo hipótese para que o proprietário mantenha de pé a sua construção irregular, apenas necessitando arcar com a despesa do potencial construtivo da área irregular*” (fls. 202/203).

Em casos como o estampado nos autos, o magistrado deve considerar que:

Muitos são os interesses a conciliar, no amplo espectro dos direitos constitucionais, como a propriedade, a livre iniciativa, o empreendimento, a qualidade de vida como todos os seus fatores e componentes, a informação, e assim por diante. Aqui e ali surgem conflitos, reais ou aparentes; nem sempre as decisões podem ser salomônicas, como é óbvio. No caso da conciliação da qualidade ambiental e da boa gestão dos recursos naturais como imperativo do desenvolvimento econômico e social, surgirão, inevitavelmente, muitas situações de perplexidade. A saída passa pela porta da interdisciplinaridade e de uma visão abrangente do problema ou dilema que é proposto. Quando surgir uma dúvida inamovível, prevalece o interesse maior: *in dubio standum est pro ambiente*. (MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1117)

Sendo assim, vulnerados os arts. 16, 140, 141, I, e 181, todos da Constituição do Estado, bem como os princípios da proibição ao retrocesso ambiental, moralidade e impessoalidade.

4 Efeitos

Apesar de a norma ser inválida plenamente desde a sua origem, deve ser estabelecido o marco a partir do qual a presente decisão surtirá efeitos. Isso porque, no caso concreto, está em vigência desde 2010.

Existem, portanto, proprietários que, diante da possibilidade criada pela norma inquinada, adquiriram o “incentivo” proposto, oferecendo determinada contrapartida patrimonial, e acabaram edificando além dos limites anteriormente estabelecidos.

Além disso, seu art. 10 estabelece que *“a utilização do incentivo terá validade por 12 (doze) meses, prorrogáveis por igual período, desde que o alvará de licença de construção seja mantido em validade nos termos da Lei 603/1976”*.

Desse modo, sob pena de ofender a segurança jurídica e ocasionar especial gravame aos proprietários presumivelmente de boa-fé, não podem ser desconstituídas desde a origem todas as relações jurídicas decorrentes da lei viciada, cuja constitucionalidade era presumida.

Por tais razões, a teor do art. 17 da Lei Estadual n. 12.069/01, a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 26/10 deve produzir efeitos a partir do 12º (décimo segundo) mês de sua vigência.

Vale lembrar, por oportuno, que eventual aproveitamento do incentivo criado pela lei combatida, mesmo que realizado no prazo não atingido pela declaração da inconstitucionalidade, não autoriza o desrespeito às demais normas que regem o uso e a ocupação do solo e tutelam o meio ambiente.

5 Por derradeiro, considerando que a norma impugnada foi defendida por curador especial nomeado para o ato (fl. 169), atribui-se, a título de honorários, a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), na forma do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, cujo pagamento será suportado

pelo Município de São Francisco do Sul. Após a publicação da presente decisão, a Diretoria Judiciária deverá expedir a respectiva certidão.

Ante o exposto, julga-se procedente o pedido encartado na inicial, a fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 26/10 do Município de São Francisco do Sul, com efeitos a partir do 12º (décimo segundo) mês de vigência. Fixa-se a verba honorária do Curador Especial em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2013.077467-9, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Relator: Des. Jorge Luiz de Borba

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL N. 16.024/2013, DE INICIATIVA PARLAMENTAR. INCLUSÃO, NA MERENDA ESCOLAR DA REDE PÚBLICA ESTADUAL DE ENSINO, DE IOGURTE E BEBIDA LÁCTEA PRODUZIDOS NO ESTADO. MATÉRIA DE INICIATIVA LEGISLATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. AFRONTA AOS ARTS. 50, § 2º, III E IV, 71, IV, a, 120 E 123 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. VÍCIO FORMAL EVIDENCIADO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INAUGURAL.

São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que estabelecem os alimentos integrantes da merenda escolar.

“O desrespeito à prerrogativa de iniciar o processo de positivação do Direito, gerado pela usurpação do poder sujeito à cláusula de reserva, traduz vício jurídico de gravidade inquestionável, cuja ocorrência reflete típica hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade do ato legislativo eventualmente editado.’ (MC na ADC n. 1.391-SP, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 28-11-1997)” (ADI n. 2004.014440-7, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 20-12-2006).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2013.077467-9, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em que é requerente Governador do Estado de Santa Catarina e requerida Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina:

O Órgão Especial decidiu, por unanimidade, declarar inconstitucional, com efeitos *ex tunc*, a Lei Estadual n. 16.024, de 11 de junho de 2013. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubick, Pedro Manoel Abreu, Trindade dos Santos, Newton Trisotto, Eládio Torret Rocha, Fernando Carioni, Rui Fortes, Marcus Tulio Sartorato, Cesar Abreu, Ricardo Fontes, Lédio Rosa de Andrade, Moacyr de Moraes Lima Filho, Marli Mosimann Vargas e João Henrique Blasi.

Florianópolis, 21 de maio de 2014

Jorge Luiz de Borba

RELATOR

RELATÓRIO

O Governador do Estado de Santa Catarina pede a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 16.024/2013, a qual determina que na merenda escolar das unidades educacionais da rede pública do Estado sejam incluídos iogurte e bebida láctea produzidos em Santa Catarina. Alega, em suma, que a norma, oriunda da iniciativa da Assembleia Legislativa, invadiu área de iniciativa privativa do requerente, violou legislação federal do Programa Nacional de Alimentação Escolar e implica gastos não previstos no orçamento.

A medida cautelar prevista no art. 10 da Lei Estadual n. 12.069/2001 foi indeferida ante a falta de urgência (fl. 34).

O Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina prestou informações defendendo a constitucionalidade do ato normativo impugnado (fls. 37-42).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias de Caro, opinou pela “procedência do pedido, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 16.024/2013, em razão de vício de iniciativa por afronta aos artigos 32;

50, § 2º, III e IV; 71, IV, ‘a’; e 120, todos da Constituição do Estado de Santa Catarina, os quais guardam simetria com os artigos 2º, 61, § 1º, II, ‘e’; 84, VI, ‘a’; e 165 da Constituição Federal” (fl. 103).

Vieram os autos à conclusão para julgamento.

VOTO

Prevê a Lei Estadual n. 16.024, de 11 de junho de 2013, que “Inclui o iogurte e a bebida láctea produzidos no Estado na merenda escolar das unidades educacionais da rede pública de Santa Catarina”:

O PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, de acordo com o disposto no § 7º do art. 54 da Constituição do Estado e do § 1º do art. 308 do Regimento Interno, promulga a presente Lei:

Art. 1º O iogurte e a bebida láctea produzidos no Estado ficam incluídos na merenda escolar das unidades educacionais da rede pública do Estado de Santa Catarina.

Art. 2º O Conselho Estadual de Alimentação Escolar adotará as medidas necessárias para o atendimento ao disposto nesta Lei.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

Por seu turno, estabelece o art. 50 da Constituição Estadual:

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

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

[...]

III – o plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual;

[...]

VI – A criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o

O art. 71 da Carta Política Estadual, a que remete o transcrito regramento, prevê que “são atribuições privativas do Governador do Estado: [...] IV – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”.

Calha referir, ainda, o art. 120 do mesmo corpo normativo:

O plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, estruturados em Programas Governamentais, serão estabelecidos em leis de iniciativa do Poder Executivo, precedidas da realização do Congresso Estadual do Planejamento Participativo, de acordo com o disposto em Lei Complementar (grifou-se).

E, por fim, o art. 123 da *Lex Mater* Estadual:

Art. 123. É vedado:

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

[...]

III - realizar despesas ou assumir obrigações diretas que excedam créditos orçamentários ou adicionais;

Nesse passo, pode-se concluir que são de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo Estadual as leis que disponham sobre a organização administrativa estadual – devendo fazê-lo por lei se a norma implicar aumento de despesa – e, conseqüentemente, as normas que estabelecem os alimentos integrantes da merenda escolar.

E nem poderia ser diferente, pois o art. 61, § 1º, da Constituição Federal é enfático ao prescrever:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

[...]

II - disponham sobre:

[...]

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios”.

Alexandre de Moraes, em comentários ao dispositivo constitucional em questão, ensina:

As referidas matérias cuja discussão legislativa dependem da iniciativa privativa do Presidente da República (CF, art. 61, §1º) são de observância obrigatória pelos Estados-membros que, ao disciplinar o processo legislativo no âmbito das respectivas Constituições estaduais, não poderão afastar-se da disciplina constitucional federal (*Direito Constitucional*, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 514).

Sobre o tema, decidiu esta Corte:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 948/2003. NORMA DE ORIGEM PARLAMENTAR. REFLEXOS NO ORÇAMENTO DO MUNICÍPIO. COMPETÊNCIA DO EXECUTIVO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 32, 50, § 2º, III e 120 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

A alteração dos critérios e produtos componentes da merenda escolar refletem nas previsões orçamentárias do município não podendo, assim, decorrer de iniciativa do Legislativo, porquanto tais disposições, segundo preceitos constitucionais, são da competência do Poder do Executivo.

“O desrespeito à prerrogativa de iniciar o processo de positivação do Direito, gerado pela usurpação do poder sujeito à cláusula de reserva, traduz vício jurídico de gravidade inquestionável, cuja ocorrência reflete típica hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade do ato legislativo eventualmente editado.” (MC na ADC n. 1.391-SP, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 28-11-1997) (ADI n. 2004.014440-7, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 20-12-2006).

No mesmo sentido:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL DE JABORÁ PROMOVIDA POR INICIATIVA DA CÂMARA DE VEREADORES DAQUELE MUNICÍPIO - EM VISTA A INSTITUIR PROGRAMA DE COMPRA DE PRODUÇÃO LOCAL, DESTINADA À MERENDA ESCOLAR - VÍCIO DE INICIATIVA - LEI COM PRERROGATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO, ESTABELECIDADA POR ORDEM CONSTITUCIONAL - FUNÇÃO QUE NÃO ADMITE SUBSTITUIÇÃO OU DELEGAÇÃO - AFRONTA TAMBÉM À LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO - MÁCULA QUE INVIABILIZA A LEGALIZAÇÃO POR MEIO TRANSVERSO - IGUAL DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA LIVRE CONCOR-

RÊNCIA - ÔNUS AOS COFRES PÚBLICOS SEM PREVISÃO EM LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL - ILEGALIDADE - PREFEITURA QUE SE VÊ OBRIGADA A DESTINAR 40% (QUARENTA POR CENTO) DE SUAS COMPRAS RELATIVAS À MERENDA ESCOLAR A PRODUTOS ORIGINÁRIOS DO MUNICÍPIO - VULNERABILIDADE DO *CAPUT* DOS ARTS. 16 E 17 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA - MEDIDA LIMINAR CONFIRMADA - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA

Trata-se de lei cuja iniciativa dependeria única e exclusivamente do Prefeito, a quem cabe, nos casos em que a prerrogativa seja desatendida pelo legislativo municipal, vetá-la. E foi isso que ocorreu. Entretanto, a Câmara de Vereadores anunciou que o veto teria se dado de forma extemporânea e, portanto, teria se tornado ineficaz, não produzindo qualquer efeito. Contudo, tal conclusão não passa de um ledó engano. Perceba-se que, ainda que se tivesse um veto intempestivo à lei, sua sanção e promulgação não suplantam o vício inicial que a acometeu. Isto é, cabe ao Poder Executivo a iniciativa de criar uma lei dessa espécie (que cria, reduz ou aumenta a receita do Município), não podendo a ela renunciar ou delegar, pois é prerrogativa constitucional, inerente às suas funções. Apenas para exercitar o raciocínio, suponha-se que ao invés de vetá-la, o Prefeito houvesse sancionado a lei que teve iniciativa do legislativo municipal. Da mesma forma, o vício inicial permaneceria, haja vista a impossibilidade do Chefe do Executivo abrir mão de suas prerrogativas, conforme já dito.

Nestes termos, tal vício de origem - ou vício de iniciativa, como também é chamado - permanece, independentemente da vontade do Chefe do Executivo, maculando a Lei Municipal n. 1.220/2007 em sua base, o que inviabiliza sua legalização de forma transversa.

E ainda que não fosse caso de inconstitucionalidade por vício de iniciativa, tem-se que a lei ora em foco prevê privilégios a produtores munícipes, em evidente afronta aos princípios da igualdade e livre concorrência (ADI n. 2007.062201-0, de Catanduvas, rel. Des. Edson Ubaldo, j. 1-7-2009).

Ainda, *mutatis mutandis*:

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

Importa realçar, por derradeiro, que a Lei Federal n. 11.947/2002, ao dispor sobre o Programa Nacional de Alimentação Escolar, já contempla normas acerca da merenda escolar, relegando a definição dos itens que a integram a um nutricionista, o qual, para tanto, deve respeitar “as referências nutricionais, os hábitos alimentares, a cultura e a tradição alimentar da localidade, pautando-se na sustentabilidade e diversificação agrícola da região, na alimentação saudável e adequada” (art. 12). Relevante ponderar que, por força do art. 17 desse mesmo corpo normativo, tais obrigações se impõem igualmente a todos os entes da federação.

Ante o exposto, por afronta aos arts. 50, § 2º, III e IV, 71, IV, a, 120 e 123 da Constituição Estadual, declara-se inconstitucional, com efeitos ex tunc, a Lei Estadual n. 16.024, de 11 de junho de 2013.

É o voto.

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2013.058282-5, de Seara

Relator: Des. Luiz Cesar Schweitzer

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA ANTECEDENTE DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. IMÓVEL OBJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. DECISÃO SUSPENSIVA DE ALIENAÇÃO EXTRAJUDICIAL. TUTELA CAUTELAR REQUERIDA POR TERCEIRO. ALEGAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CRÉDITO EM FACE DE GARANTIDOR DA CÉDULA. DESCABIMENTO. ILEGITIMIDADE EVIDENCIADA. DÍVIDA NÃO QUITADA. TRANSFERÊNCIA DO DOMÍNIO RESOLÚVEL. CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM MÃOS DO CREDOR. LEI 9.514/97. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

“Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (art. 6º do Código de Processo Civil).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2013.058282-5, da Unidade de Divisão Judiciária da comarca de Seara, em que é agravante Cooperativa de Crédito de Livre Admissão de Associados do Alto Uruguai Catarinense SICOOB CREDIAUC SC e agravada Helena de Couet:

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exma. Sra.

Des. Sônia Maria Schmitz, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Rubens Schulz.

Chapecó, 28 de abril de 2014.

Luiz Cesar Schweitzer

RELATOR

RELATÓRIO

Cooperativa de Crédito de Livre Admissão de Associados do Alto Uruguai Catarinense - SICCOOB Crediau/SC, preambularmente qualificada, interpôs recurso de agravo de instrumento contra decisão que, nos autos de ação cautelar inominada ajuizada por Helena de Couet, igualmente qualificada, perante o Juízo de Direito da Unidade de Divisão Judiciária da comarca de Seara, suspendeu a realização de leilão extrajudicial designado para o dia 26-8-2013.

Em síntese, teceu considerações sobre o desacerto da decisão obargada, sustentando que em 21-10-2008 firmou com Brazlan Comércio e Serviços Ltda. ME contrato de mútuo representado pela cédula de crédito bancário n. 33790-6, garantida por alienação fiduciária do imóvel matriculado sob o n. 16.479, junto ao Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Seara. Com o inadimplemento da cártula, deu início ao procedimento administrativo previsto na Lei 9.514/1997, com a finalidade de consolidar a propriedade fiduciária do bem e posterior alienação em leilão extrajudicial.

Relatou que quando a data para a realização da hasta pública avizinhava-se a agravada ajuizou ação cautelar objetivando a suspensão liminar do indigitado leilão, ao argumento de que é credora de devedor comum, a saber, o proprietário do imóvel objeto da garantia da cédula, Daciano Gonçalves de Souza, cujo crédito foi constituído por sentença proferida

em ação indenizatória transitada em julgado em 27-6-2011, o qual estaria amparado por penhora incidente sobre o bem objeto do referido leilão. Questionou também a regularidade do título de crédito emitido em favor da agravante.

Aduziu que a agravada não é legitimada para impugnar judicialmente cédula de crédito bancário em que não é parte, impedindo a alienação de bem sobre o qual não possui nenhum direito constituído.

Afirmou que o título de crédito questionado preenche todos os requisitos exigidos pelo art. 24 da Lei 9.514/1997 e asseverou que a transferência da propriedade resolúvel do aludido prédio ocorreu em outubro de 2008, muito antes da constituição do crédito da agravada e de sua indicação à penhora, que datam de junho de 2011 e junho de 2012, respectivamente.

Invocou a aplicação dos arts. 22, 26 e 27, todos da Lei 9.514/1997, bem como do art. 6º do Código de Processo Civil.

Requeru, pois, o provimento liminar do reclamo, nos termos do art. 557, parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil, e a reforma da decisão agravada.

Recebido o inconformismo, restou distribuído a este relator que, por meio de despacho, admitiu o seu processamento.

Seguiu-se a intimação da agravada, que todavia deixou fluir *in albis* o prazo de que dispunha para oferecimento de resposta, vindo conclusos os autos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra

decisão que suspendeu a realização de leilão extrajudicial designado para o dia 26-8-2013.

Presentes os respectivos pressupostos de admissibilidade, conhece-se da irresignação e passa-se à análise do seu objeto.

Isto posto, o cerne da controvérsia que motivou a interposição do reclamo é a discussão acerca da legitimidade da agravada para pleitear a suspensão de leilão extrajudicial e para questionar a regularidade do contrato de mútuo representado pela cédula de crédito bancário n. 33790-6.

Razão assiste à agravante.

Com efeito, a regra vigente no ordenamento jurídico é que “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”, pois “ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio” (arts. 3º e 6º do Código de Processo Civil).

Assentado esse pressuposto, aquele que requer a tutela jurisdicional deve ser o titular da pretensão formulada, o que não se verifica na hipótese dos autos, pois além de não ser parte no contrato que ensejou a realização do leilão extrajudicial que restou suspenso, a própria agravada revela que não titulariza direito algum sobre o bem em discussão:

Após a intimação para pagamento e decurso do prazo sem que a quitação fosse perfectibilizada, o MM. Juiz de Direito que atuava na comarca na época deferiu a penhora de tais bens, o que aconteceu ainda em 24 de outubro de 2012, ou seja, há 10 meses. Porém, até esta data a constrição ainda não foi realizada (fls. 32).

Em que pese a circunstância de o Juízo *a quo* haver determinado a penhora de bens do garantidor da aludida cédula de crédito bancário nos autos do cumprimento de sentença em que a recorrida persegue a

satisfação de seu crédito (fls. 159), não resta dúvida de que a constrição não se perfectibilizou.

A respeito do assunto, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, tecem as seguintes considerações:

Tanto o que propõe quanto aquele em face de quem se propõe a ação devem ser partes legítimas para a causa. Somente é parte legítima aquele que é autorizado pela ordem jurídica a postular em juízo (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.209).

É da lição de José Roberto dos Santos Bedaque:

Como regra, o pedido de tutela jurisdicional só pode ser formulado por quem se afirme titular do direito litigioso. Apenas o suposto integrante da relação jurídica substancial está autorizado a pleitear em juízo a satisfação de algum interesse por ela regulado. Somente ele é parte legítima para ocupar o pólo ativo da demanda.

Para obter pronunciamento sobre a situação de direito material descrita na inicial, portanto, é necessário que o autor seja o suposto titular do direito material cujo reconhecimento pretende. Em princípio, pode postular tutela jurisdicional e obter pronunciamento do juiz a respeito do pedido só quem afirmar direito próprio. Deve haver coincidência entre quem propõe a demanda e quem, segundo a narrativa dos fatos, encontrar-se amparado no plano jurídico substancial. A legitimidade para agir pertence apenas àquele que afirme participar de determinada relação jurídica, o que lhe daria direito à obtenção de efeitos dela decorrentes, não satisfeitos espontaneamente por quem deveria fazê-lo (MARCATO, Antonio Carlos (Coord). *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 20).

Na hipótese dos autos, verifica-se que o objeto da ação cautelar é a suspensão de hasta pública para alienação de imóvel sobre o qual a agravada não possui direito algum.

Demais disso, o questionamento da regularidade da cédula de crédito bancário que dá suporte à realização de leilão extrajudicial é prerrogativa daqueles que fazem parte da relação comercial estabelecida no título de crédito, consoante dispõe o Código Civil:

Art. 281. O devedor demandado pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais e as comuns a todos; não lhe aproveitando as exceções pessoais a outro co-devedor.

Art. 915. O devedor, além das exceções fundadas nas relações pessoais que tiver com o portador, só poderá opor a este as exceções relativas à forma do título e ao seu conteúdo literal, à falsidade da própria assinatura, a defeito de capacidade ou de representação no momento da subscrição, e à falta de requisito necessário ao exercício da ação.

E ainda que a constrição determinada a fls. 159 houvesse sido levada a termo, isso só poderia acontecer a partir de 24-10-2012, logo, mais de dois anos após a assinatura da cédula de crédito bancário e o registro da garantia na matrícula do imóvel, que ocorreram em 21-10-2008 e em 31-10-2008, respectivamente. Insuscetível, portanto, qualquer arguição de preferência sobre o referido bem.

Outrossim, a manutenção da decisão recorrida poderá causar à recorrente grave dano de difícil ou incerta reparação, materializado pela possibilidade da garantia tornar-se insuficiente em virtude do crescimento da dívida representada pela cédula de crédito bancário antes mencionada. Isso porque, não obstante a consolidação da propriedade em favor da agravante, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais continuam a incidir sobre o débito principal, além

das custas de intimação e de realização de leilão público, conforme regramento do art. 27, parágrafo 3º, da Lei 9.514/1997.

Frise-se que é do interesse da própria agravada que o débito supra-mencionado seja liquidado sem mais tardança, pois eventual saldo positivo poderá vir a ser direcionado para a satisfação do seu crédito.

Por essa razão, com o intuito de resguardar o direito de credora da agravada e com amparo no poder geral de cautela conferido ao Magistrado pelos arts. 798 e 799, ambos do Código de Processo Civil, é de ser condicionada a alienação extrajudicial à exigência de que a agravante preste contas ao Juízo nos autos do cumprimento de sentença n. 068.97.000107-7/004 e que eventual saldo positivo, oriundo da alienação em hasta pública do imóvel matriculado sob o n. 16.479, do Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Seara, permaneça depositado em conta bancária vinculada àquele feito.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para afastar a proibição da alienação extrajudicial do imóvel em questão e permitir o regular trâmite dos procedimentos expropriatórios, impondo-se à agravante, todavia, a obrigação de prestar contas nos autos do cumprimento de sentença n. 068.97.000107-7/004, conforme acima mencionado.

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2011.070971-7, de São Miguel do Oeste

Relator: Des. Subst. Rubens Schulz

APELAÇÃO CIVIL. REGISTRO CIVIL. RETIFICAÇÃO. FILHOS QUE PRETENDEM INCLUSÃO DO PATRONÍMICO MATERNO APÓS O PATERNO E ALTERAÇÃO REGISTRAL PARA RETIFICAÇÃO DO NOME MATERNO NOS SEUS REGISTROS DE NASCIMENTO. GENITORA QUE APÓS DIVÓRCIO PASSOU A UTILIZAR O NOME DE SOLTEIRA. ADEQUAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO À SITUAÇÃO REAL E ATUAL. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.070971-7, da comarca de São Miguel do Oeste (2ª Vara Cível), em que é apelante Carlize Wibrantz e outros.

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Sônia Maria Schmitz, presidente com voto, e o Des. Paulo Ricardo Bruschi, como revisor.

Chapecó, 28 de abril de 2014.

Rubens Schulz

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por Carlize Wibrantz, Gustavo Wibrantz e Gabriela Wibrantz contra sentença que julgou improce-

dentes os pedidos de retificação de registro civil para alteração do nome de sua genitora bem como o acréscimo do patronímico materno em suas certidões de nascimento, após o patronímico do pai.

Alegam que após o divórcio da genitora esta passou a utilizar o seu sobrenome de solteira, mas o registro de nascimento dos filhos do casal permanece inalterado.

Além disso, pretendem a inclusão do patronímico materno após o paterno nos seus registros de nascimento.

O Ministério Público emitiu parecer nos autos pelo indeferimento do pedido inicial (fls. 27-28).

Sobreveio sentença julgando improcedentes os pedidos formulados pelos autores (fls. 29-30).

Irresignados os autores interpuseram o presente recurso de apelação pretendendo a reforma da decisão.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela conhecimento e provimento do recurso (fls. 51-56).

Este é o breve relatório.

VOTO

Primeiramente, pretendem os recorrentes a alteração dos seus registros civis a fim de que seja retificado o nome de sua genitora, que em decorrência da separação judicial do genitor destes, voltou a usar o nome de solteira.

Neste ponto observo que o registro público deve espelhar a contemporaneidade da situação posta e também a verdade real.

A modificação pretendida visa apenas adequar o registro civil dos apelantes à situação atual, em decorrência de decisão judicial proferida

na ação de divórcio (fl. 25) que retirou o apelido de família do ex-marido da sua mãe.

Assim, adoto precedente do STJ que diz ser “*admissível a alteração no registro de nascimento do filho para averbação do nome de sua mãe que, após a separação judicial, voltou a usar o nome de solteira; para tanto, devem ser preenchidos dois requisitos: (i) justo motivo; (ii) inexistência de prejuízos para terceiros.*” (REsp 1.069.864-DF, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 18/12/2008).

No caso, oportuno frisar que o justo motivo está caracterizado e não há indícios de prejuízos para terceiros.

Em relação ao pedido de acréscimo do patronímico materno após o paterno, prospera a pretensão dos apelantes, que, inclusive, é respaldada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

O nome da pessoa constitui direito personalíssimo, nos termos no art. 16 do Código Civil, e a alteração retrata o exercício de um direito.

Neste sentido, a jurisprudência:

Direito civil. Interesse de menor. Alteração de registro civil. Possibilidade. - Não há como negar a uma criança o direito de ter alterado seu registro de nascimento para que dele conste o mais fiel retrato da sua identidade, sem descurar que uma das expressões concretas do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é justamente ter direito ao nome, nele compreendido o prenome e o nome patronímico. - É conferido ao menor o direito a que seja acrescido ao seu nome o patronímico da genitora se, quando do registro do nascimento, apenas o sobrenome do pai havia sido registrado. [...] Recurso especial não conhecido. (REsp 1069864/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 03/02/2009).

Ademais, a inclusão do patronímico materno ao nome dos apelantes é o fiel retrato de suas identidades, porquanto constará do nome destes a origem familiar materna e paterna, sem distinção alguma.

No que tange à posição da inclusão do patronímico ao final do nome, também merece guarida a pretensão, uma vez que *“os progenitores se encontram em absoluto grau de igualdade. De sorte que, se admitido que o filho tenha somente os apelidos paternos, nada impede a adoção apenas daqueles do lado materno. Ou que, após prenome, venha o sobrenome do pai, e, em último lugar, aquele da mãe, numa situação inversa do que se procede atualmente”* (RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 172).

Além disso, a Lei de Registros Públicos, que regulamenta a matéria, nada dispõe acerca da ordem dos sobrenomes dos genitores no nome dos filhos.

Desse modo, o pleito dos apelantes não representa ofensa alguma ao princípio da legalidade estrita que rege o sistema dos registros públicos.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito:

RECURSO ESPECIAL. *RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. INCLUSÃO DE SOBRENOME DO PAI. POSIÇÃO*. 1. Tanto o art. 57, como o art. 109, da Lei 6.015/73, expressamente, dispõem sobre a necessidade de intervenção do Ministério Público nas ações que visem, respectivamente, a alteração do nome e a retificação de registro civil. 2. A regra geral, no direito brasileiro, é a da imutabilidade ou definitividade do nome civil, mas são admitidas exceções, como as dos arts. 56 e 57 da Lei de Registros Públicos. 3. *A lei não faz nenhuma exigência de observância de uma determinada ordem no que tange aos apelidos de família, seja no momento do registro do nome do indivíduo, seja por ocasião da sua posterior retificação*. Também não proíbe que a ordem do sobrenome dos filhos seja distinta

daquela presente no sobrenome dos pais. 4. Recurso especial provido. (REsp 1323677/MA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 15/02/2013) (grifei)

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para deferir o pedido de retificação do registro civil dos apelantes, com a inclusão do apelido de família materno após o paterno e alterar o nome de família da genitora.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2013.078093-3, de Cunha Porá

Relator: Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CONJUGAL C/C ALIMENTOS. PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

APELO DO RÉU INTERPOSTO DE MANEIRA. INTEMPESTIVA. NÃO CONHECIMENTO DO RECLAMO. AGRAVO RETIDO RATIFICADO EM CONTRARRAZÕES QUE IGUALMENTE NÃO SE CONHECE.

“[...] O Apelo extemporâneo é inábil a transferir a matéria impugnada ao juízo *ad quem*. Logo, não autoriza a incursão analítica sobre a porção objurgada e, como consecutório, prejudica a verticalização da cognição. Em verdade, o efeito traslativo dos recursos, que permite ao Tribunal conhecer de matéria de ordem pública, pressupõe o juízo positivo de admissibilidade, o que inócorre no caso em testilha” (TJSC, Apelação Cível n. 2012.044773-1, de Sombrio, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 17-07-2012).

ALIMENTOS FIXADOS EM BENEFÍCIO DA FILHA EM COMUM. BUSCA PELA MAJORAÇÃO QUE SE MOSTRA IMPRATICÁVEL. TRINÔMIO NECESSIDADE, POSSIBILIDADE E PROPORCIONALIDADE DEVIDAMENTE OBSERVADO QUANDO DA ANÁLISE PELO JUÍZO SINGULAR. EXEGESE DOS ARTIGOS 1.694, § 1º, E 1.695 DO CÓDIGO CIVIL.

FIXAÇÃO DE ALIMENTOS EM FAVOR DA EX-COMPANHEIRA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE PROVER SEU PRÓPRIO SUSTENTO. MULHER JOVEM, SAUDÁVEL E COM CAPACIDADE LABORATIVA. DEVER DE BUSCAR MEIOS PARA MANTER SUA PRÓPRIA SUBSISTÊNCIA.

PRETENSÃO DE COMUNICAÇÃO DAS VERBAS TRABALHISTAS RELATIVAS AO PERÍODO LABORADO ENQUANTO OS LITIGANTES AINDA CONVIVIAM MARITALMENTE. MITIGAÇÃO DA REGRA DE INCOMUNICABILIDADE DOS PROVENTOS PESSOAIS. MEACÃO QUE SE IMPÕE.

“[...] Partilha dos direitos trabalhistas. Regime de comunhão parcial de bens. Possibilidade. - Ao cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens é devida à meação das verbas trabalhistas pleiteadas judicialmente durante a constância do casamento. - As verbas indenizatórias decorrentes da rescisão de contrato de trabalho só devem ser excluídas da comunhão quando o direito trabalhista tenha nascido ou tenha sido pleiteado após a separação do casal [...]” (REsp 646.529/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 22/08/2005).

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS REDISTRIBUÍDOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INTELIGÊNCIA DO ART. 21, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

SENTENÇA AJUSTADA. RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.078093-3, da comarca de Cunha Porã (Vara Única), em que são apelantes/apelados S. H. e L. W.:

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, à unanimidade, não conhecer do recurso de apelação e do agravo retido interpostos pelo réu, e conhecer e dar parcial provimento ao recurso intentado pela autora, a fim de fazer integrar na partilha de bens do então casal, as verbas recebidas na Reclamatória Trabalhista de n. 0000444-472011.5.12.0015, bem como, redistribuir a verba sucumbencial, e condenar as partes ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios no percentual de 15% sobre 1 (uma) anuidade dos alimentos devidos à filha V.L.W., benfeitorias e verbas trabalhistas, a serem distribuídos na proporção de 80% para o requerido e 20% para a requerente, em virtude da sucumbência recíproca. Vencido o Exmo. Des. Presidente em que questão pontual, pois fixava em um salário mínimo a pensão da filha menor. Ainda, ressalvado o posicionamento do Des. Paulo Ricardo Bruschi, que acompanha o voto, mas entende que as verbas trabalhistas não se comunicam, porque são proventos recebidos a destempo.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Monteiro Rocha, presidente com voto, e o Des. Paulo Ricardo Bruschi, como revisor.

Chapecó, 17 de fevereiro de 2014.

Eduardo Mattos Gallo Júnior

RELATOR

RELATÓRIO

S. H., na vara única da comarca de Cunha Porã, ajuizou “Ação de dissolução de sociedade conjugal de fato” em face de L. W., asseverando, em síntese, ter convivido com o réu por mais de dois anos como se casados fossem, tendo, nesse tempo, nascido da filha do então casal, V. L. W. Em razão de traição perpetrada pelo réu, a autora não mais suportou a convivência marital, intentando, pois, a presente demanda, nos termos da petição inicial de fls. 2-11, e documentos de fls. 12-89.

Citado, o requerido apresentou resposta em forma de contestação (fls. 138-145), acompanhado dos documentos de fls. 146-161.

Com o regular processamento do feito, sobreveio sentença de parcial procedência dos pedidos contidos na petição inicial (fls. 288-293).

Insatisfeitos, ambos os litigantes interpuseram recurso de apelação (fls. 296-308 e 322-329).

Com as contrarrazões, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

A Procuradoria-Geral de Justiça, a fls. 360-366, exarou parecer no sentido de não conhecer do recurso interposto por L. W., e dar parcial provimento ao interposto por S. H., a fim de, tão somente, incluir as verbas trabalhistas no montante partilhável.

Após, vieram conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

1. Da admissibilidade.

Não se conhece do recurso interposto por L. W., posto que, conforme se vislumbra da certidão de publicação de relação de fl. 295, o término do prazo, para a interposição de recursos, se daria em 15 de agosto de 2013, e o protocolo das razões recursais do réu foi no dia 21 de agosto de 2013.

Contudo, mesmo sem qualquer referência nos próprios autos, em consulta ao Sistema de Automação do Judiciário, verificou-se que a referida peça recursal supostamente fora protocolada, via fax, no dia 16 de agosto de 2013 e substituída pelas peças originais no dia 21 de agosto do mesmo ano.

Assim, mesmo que a data do real protocolo não tenha sido a constante na peça respectiva, isto é, 16 de agosto ao invés de 21 de agosto, o recurso manejado também encontra-se intempestivo, razão pela qual, não se conhece do reclamo.

Tangente ao apelo interposto por S. H., conheço, ante o preenchimento dos requisitos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade, pelo qual passa-se à analisar a seguir.

2. Do recurso de apelação conhecido.

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da sentença que, nos autos da ação de dissolução de união estável, julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na petição inicial, a fim de (i) reconhecer a existência de união estável entre as partes, entre o ano de 2010

e junho de 2012; (ii) determinar a partilha da casa de alvenaria construída pelo casal; (iii) fixar alimentos à filha em comum do então casal, no valor de 50% do salário mínimo mensal; por fim, condenou ambos os contedores ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, na proporção de 50% para cada, tendo em vista a sucumbência recíproca.

Insatisfeita, a autora reitera (em contrarrazões) o agravo retido interposto a fls. 224, bem como, pugna pela parcial reforma da sentença, mais precisamente no que tange (i) à divisão das verbas trabalhistas recebidas pelo réu; (ii) majoração dos alimentos fixados em benefício da filha, (iii) fixação de alimentos em seu favor; e, ainda, (iv) redistribuição da verba honorária.

Razão lhe assiste em parte.

2.1 Do agravo retido.

A autora, em suas contrarrazões ao recurso do réu (fls. 343-351) – que, como já asseverado alhures, não fora conhecido por não preencher um dos requisitos extrínsecos de sua admissibilidade –, reiterou a análise do agravo retido interposto a fl. 224, fundamentando que o magistrado singular, de maneira arbitrária, ouviu uma das testemunhas arroladas de maneira intempestiva pelo réu.

Contudo, prejudicada está a análise do presente recurso, considerando que “O Apelo extemporâneo é inábil a transferir a matéria impugnada ao juízo *ad quem*. Logo, não autoriza a incursão analítica sobre a porção objurgada e, como consecutório, prejudica a verticalização da cognição. Em verdade, o efeito traslativo dos recursos, que permite ao Tribunal conhecer de matéria de ordem pública, pressupõe o juízo positivo de admissibilidade, o que inócorre no caso em testilha” (TJSC, Apelação Cível n. 2012.044773-1, de Sombrio, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 17-07-2012).

Da ementa do referido aresto, colaciona-se:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. SENTENÇA QUE ACOLHEU PARCIALMENTE O PEDIDO PARA RECONHECER O DIREITO À MEAÇÃO DO CÔNJUGE MEEIRO E JULGOU IMPROCEDENTE O PLEITO DE IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. IRRESIGNAÇÃO DO EMBARGADO.

PROCESSUAL CIVIL. PRAZOS PROCESSUAIS QUE TÊM SUA FLUÊNCIA INDEPENDENTEMENTE DE INTIMAÇÃO DO INCONFORMADO. PROSSECUÇÃO DO PROCESSO À REVELIA DO DEMANDADO. DESNECESSIDADE DA INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE ACERCA DOS ATOS PROCESSUAIS. *SENTENÇA. PRAZO RECURSAL QUE TEVE SUA FLUÊNCIA COM A PUBLICAÇÃO DO DECISUM PERANTE A SERVENTIA JUDICIAL. EXEGESE DO ART. 322 DO CÓDIGO BUZAID. DECURSO DO PRAZO ASSINADO NO ART. 508 DO CITADO DIPLOMA LEGAL.* INTERPOSIÇÃO DA IRRESIGNAÇÃO A DESTEMPO. AUSÊNCIA DE REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. INTEMPESTIVIDADE POSITIVADA. *PLEITOS DE CERCEAMENTO DE DEFESA E IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA VAZADOS EM CONTRARRAZÕES. MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA QUE, NÃO OBSTANTE COGNOSCÍVEIS DE OFICÍO, NÃO PRESCINDEM DO CONHECIMENTO DO INCONFORMISMO. REBELDIA NÃO CONHECIDA.* (TJSC, Apelação Cível n. 2012.044773-1, de Sombrio, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 17-07-2012 – grifo nosso).

Ademais, mesmo que assim não fosse, interessante consignar que em absolutamente nada interfere o estudo (ou não) do dito reclamo, máxime porque “o depoimento em nada contribuiu para modificar a conformação fática ou jurídica da situação do Apelado diante do aludido ponto controvertido” (parecer ministerial, fl. 361).

Desta forma, não se conhece, também, do agravo retido.

2.2. Do mérito propriamente dito.

Quanto ao mérito da presente demanda, incumbe destacar que a discussão a respeito do início da sociedade conjugal não está sob a análise neste grau recursal, considerando que o apelo do réu, que abordava o tema, não fora conhecido.

Assim, passar-se-á ao estudo do recurso intentado pela autora, do qual, é imprescindível que se destaque o contido nos arts. 1.694, § 1º, e 1.695, ambos do Código Civil, os quais estabelecem que:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

[...] Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Acerca da necessidade, possibilidade e proporcionalidade na prestação alimentícia, ensina Maria Helena Diniz *in* Curso de Direito de Civil Brasileiro – Direito de Família:

[...] 2) *Necessidade do alimentando* (RT, 392: 154; RSTJ, 89:199), que, além de não possuir bens, está impossibilitado de prover, pelo seu trabalho, à própria subsistência, por estar desempregado, doente, inválido, velho (Lei n. 10.741/2003) etc. O estado de penúria da pessoa que necessita alimentos autoriza-a a impetrá-los, ficando ao arbítrio do magistrado a verificação das justificativas de seu pedido, levando em conta, para apurar a indigência do alimentário, suas condições sociais, sua idade, sua saúde e outros fatores es-

páciotemporais que influem na própria medida (CC, art.. 1.701, parágrafo único).

3) *Possibilidade econômica do alimentante*, que deverá cumprir seu dever, fornecendo verba alimentícia, sem que haja desfalque do necessário ao seu próprio sustento (RT, 665:75, 751:264); daí ser preciso verificar sua capacidade financeira, porque, se tiver apenas o indispensável à própria manutenção, injusto será obrigá-lo a sacrificar-se e a passar privações para socorrer parente necessitado, tanto mais que pode existir parente mais afastado que esteja em condições de cumprir tal obrigação alimentar, sem grandes sacrifícios.

4) *Proporcionalidade*, na sua fixação, entre as necessidades do alimentário e os recursos econômico-financeiros do alimentante (RT, 809:300), sendo que a equação desses dois fatores deverá ser feita em cada caso, levando-se em consideração que os alimentos são concedidos *ad necessitatem*. (DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 5º volume: direito de família. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 541/542)

Ou seja, a prestação de alimentos deve ser proporcional às necessidades do alimentando e à situação econômica do alimentante, conforme preceitua o § 1º do art. 1.694 do Código Civil, já mencionado.

Analisando o presente testilhado, nota-se que, muito embora a pequena V. possua necessidades presumidas em razão de sua tenra idade (nascida em 22 de junho de 2011), aludido elemento não é o único fator que deve ser avaliado quando da quantificação da verba alimentar.

De mais a mais, não se olvide o fato de que “não se sabe ao certo quais os rendimentos mensais percebidos pelo ex-companheiro, prova que deveria ser carreada pela Apelante”, bem como, que “a capacidade econômico-financeira do Apelado, embora delineada nos autos, não se apresentou firme o bastante a legitimar a almejada majoração da pensão alimentícia” (parecer ministerial, fls. 363-364).

Todavia, salutar observar que sempre que o valor relativo aos ali-

mentos não mais condizer com a proporcionalidade, será possível realizar novo pedido para que a quantia seja readequada à nova realidade – e, claro, desde que devidamente comprovada tal mudança.

No que diz respeito ao pedido de fixação de alimentos em favor da própria apelante, ressalta aos olhos também que, além de seguir o mesmo pensamento para a não majoração dos alimentos fixados em favor da filha, aquela fora mãe muito jovem e tal fato lhe está a lhe favorecer. Isso porque, sendo jovem e saudável, não existem razões para que não aufera sua própria renda.

Nesse sentido, inclusive:

ACÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA C/C ALIMENTOS. FIXAÇÃO DE VERBA ALIMENTAR APENAS À FILHA DO CASAL. *PRETENSO ARBITRAMENTO EM FAVOR DA ESPOSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE PROVER SEU PRÓPRIO SUSTENTO. ADEMAIS, MULHER JOVEM, SAUDÁVEL E COM CAPACIDADE LABORATIVA. DEVER DE BUSCAR MEIOS PARA MANTER A PRÓPRIA SUBSISTÊNCIA.* APELO DESPROVIDO. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2009.068500-1, de São José, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 08-02-2011 – grifo nosso).

Ainda, do entendimento doutrinário, destaca-se:

Não podemos pretender que o fornecedor de alimentos fique entregue à necessidade, nem que o necessitado se locuplete a sua custa. Cabe ao juiz ponderar os dois valores de ordem axiológica em destaque. Destarte, só pode reclamar alimentos quem comprovar que não pode sustentar-se com seu próprio esforço. Não podem os alimentos converter-se em prêmio para os néscios e descomprometidos com a vida. Se, no entanto, o alimentando encontra-se em situação de penúria, ainda que por ele causada, poderá pedir alimentos. Do lado do alimentante, como vimos, importa que ele tenha

meios de fornecê-lo: não pode o Estado, ao vestir um santo, desnudar o outro. Não há que se exigir sacrifício do alimentante. Lembre-se de que em situações definidas como sendo de culpa do alimentando, os alimentos serão apenas os necessários, conforme o § 2º do art. 1.694, mas os demais princípios continuam aplicáveis. (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Atlas, v. 6, p. 359/360).

Logo, é de ser negado o pedido de fixação de alimentos em favor da apelante, mormente pela ausência da comprovada necessidade, tal como já perfilhado pelo magistrado singular, Samuel Andreis.

De outro viés, porém, as verbas trabalhistas devem ser integradas à partilha dos bens comuns do casal, considerando que a Reclamatória Trabalhista de n. 0000444-472011.5.12.0015 diz respeito a período trabalhado enquanto os litigantes ainda conviviam maritalmente (entre junho a janeiro de 2011).

A respeito, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - SEPARAÇÃO LITIGIOSA - REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS - PARTILHA - COMUNICABILIDADE DOS IMÓVEIS - SÚMULA N. 7 DO STJ - VERBAS TRABALHISTAS SURGIDAS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - DIREITO À MEAÇÃO - PRECEDENTES DO STJ - RECURSO DO CÔNJUGE VARÃO, AUTOR DA AÇÃO, DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem, com amparo na prova dos autos, definiu quais os bens que integram o monte partilhável, bem como aqueles incomunicáveis. Sendo assim, para acolhimento do apelo extremo, seria imprescindível derrocar as afirmações contidas no *decisum* atacado, o que, forçosamente, ensejaria rediscussão de aspectos fáticos, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça, motivo pelo qual é manifesto o descabimento do recurso especial.

2. A indenização trabalhista correspondente a direitos adquiridos na constância do casamento integra o acervo patrimonial partilhável.

Precedentes.

3. Julgamento *extra petita*. Ausência de prequestionamento. Razões do regimental que não impugnaram especificamente os fundamentos invocados na deliberação monocrática. Em razão do princípio da dialeticidade, deve o agravante demonstrar de modo fundamentado o desacerto da decisão agravada. Incidência da Súmula 182/STJ: “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1.152/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 13/05/2013 – grifo nosso).

Mais:

Direito civil e família. Recurso especial. Ação de divórcio.

Partilha dos direitos trabalhistas. Regime de comunhão parcial de bens. Possibilidade.

- Ao cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens é devida a meação das verbas trabalhistas pleiteadas judicialmente durante a constância do casamento.

- As verbas indenizatórias decorrentes da rescisão de contrato de trabalho só devem ser excluídas da comunhão quando o direito trabalhista tenha nascido ou tenha sido pleiteado após a separação do casal.

Recurso especial conhecido e provido. (REsp 646.529/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 266 – grifo nosso).

Esta Corte de Justiça, ao seu turno:

DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELO DA RÉ. [...] *PRETENSÃO DE COMUNI-*

CAÇÃO DAS VERBAS TRABALHISTAS RECEBIDAS AO ENSEJO DA SEPARAÇÃO DO CASAL. VERBAS PENDENTES À ÉPOCA DA DISSOLUÇÃO. COMUNHÃO RECONHECIDA, NOS TERMOS DO ARTIGO 1660, V, CC. [...]

[...] Quanto ao caráter personalíssimo atribuído às verbas de natureza salarial, reafirma-se posicionamento externado em outras oportunidades de que tal incomunicabilidade limita-se ao direito à percepção do salário, sem jamais se olvidar da comunicação operada sobre os valores percebidos durante a conjugalidade ou pendentes ao tempo de sua cessação, nos contornos previstos pelo artigo 1660, V, do Código Civil vigente. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.027646-2, de Içara, rel. Des. Ronei Danielli, j. 14-03-2013).

Destarte, é de se incluir os valores recebidos pelo apelado, nos autos da Reclamatória Trabalhista alhures mencionada, na partilha de bens dos combatentes – máxime porque “é do labor pessoal de cada cônjuge que advêm os recursos necessários à aquisição dos bens conjugais, motivo pelo qual a regra da incomunicabilidade dos proventos pessoais deve ser mitigada” (parecer ministerial, fl. 364).

Sob tais circunstâncias, decidiu a Câmara Especial Regional de Chapecó, em votação unânime, não conhecer do recurso de apelação e do agravo retido interpostos pelo réu, e conhecer e dar parcial provimento ao recurso intentado pela autora, a fim de fazer integrar na partilha de bens do então casal, as verbas recebidas na Reclamatória Trabalhista de n. 0000444-472011.5.12.0015, bem como, redistribuir a verba sucumbencial, a fim de condenar as partes ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios no percentual de 15% sobre 1 (uma) anuidade dos alimentos devidos à filha V.L.W., benfeitorias e verbas trabalhistas, a serem distribuídos na proporção de 80% para o requerido e 20% para a requerente, em virtude da sucumbência recíproca, com fulcro no art. 21, *caput*, do Código de Processo Civil. Vencido o Exmo. Des. Presidente em que questão pontual, pois fixava em um salário mínimo a pensão da

filha menor. Ainda, ressalvado o posicionamento do Des. Paulo Ricardo Bruschi, que acompanha o voto, mas entende que as verbas trabalhistas não se comunicam, porque são proventos recebidos a destempo.

Por fim, determina-se seja desentranhado dos autos o DVD de fl. 215, e devolvidos à autora, uma vez que em absolutamente nada auxilia no julgamento do presente feito.

Este é o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

EMBARGOS INFRINGENTES

Embargos Infringentes n. 2012.051069-4, de São Miguel do Oeste

Relator: Des. Luiz Fernando Boller

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ALEGADA INJÚRIA, AJUIZADA POR PADRE DA IGREJA CATÓLICA CONTRA EMISSORA DE RÁDIO E VEREADOR.

ENTREVISTA CONCEDIDA AO VIVO. DECLARAÇÕES DO EDIL QUE, ENTRE OUTROS TEMAS, COMPREENDEU CRÍTICA PESSOAL AO PÁROCO, AFILIADO A PARTIDO POLÍTICO ADVERSO.

DECISÃO COLEGIADA QUE, EM SEDE DE APELAÇÃO CÍVEL, POR MAIORIA DE VOTOS, DEU PROVIMENTO AO RECLAMO, JULGANDO IMPROCEDENTE O PEDIDO.

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO QUERELADO NA INSTÂNCIA CRIMINAL. DECISÃO QUE NÃO PRODUZ EFEITOS NA ESFERA CIVIL.

“A sentença penal absolutória fundada em falta de prova, na circunstância de não constituir crime o fato de que resultou o dano, na de estar prescrita a condenação, enfim, em qualquer motivo peculiar à instância criminal quanto às condições de imposição de suas sanções, não exerce nenhuma influência no cível” (Dias, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 914-920 - grifei).

ROBUSTO ACERVO PROBATÓRIO RELATIVO À EXISTÊNCIA DE FORTE DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA ENTRE OS ENVOLVIDOS NO DEBATE.

MILITÂNCIA POLÍTICA. ATUAÇÃO QUE ATRAI, COMO CONSEQUÊNCIA, A SUBMISSÃO AO DIREITO DE CRÍTICA.

PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL INDENIZATÓRIA NÃO TIPIFICADOS.

RECLAMO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“A liberdade de expressão e de informação é um direito fundamental, sendo facultada a qualquer pessoa a livre manifestação do pensamento, opiniões e idéias, por intermédio de escritos, imagem, palavra ou qualquer outro meio, assim como o direito de informar ou receber informações. Nas sociedades democráticas essa garantia tem sido constante, visto que inexiste democracia sem a liberdade de expressão e informação” (Donnini, Oduvaldo; Donnini, Rogério Ferraz. Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação a luz do novo código civil. São Paulo: Editora Método, 2002. p. 35).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2012.051069-4, da comarca de São Miguel do Oeste (1ª Vara Cível), em que é embargante Domingos Luiz Costa Curta, e embargados Raul Gransotto e outro:

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por maioria de votos, negar provimento aos Embargos Infringentes. Restaram vencidos e farão declaração de voto os Exmos. Des. Joel Figueira Jr., Raulino Jacó Brüning, Victor Ferreira, Marcus Túlio Sartorato, Maria do Rocio L. Santa Ritta, Henry Petry Jr. e João Batista Góes Ulysséa. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 9 de abril de 2014, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Trindade dos Santos, com voto, e dele participaram, com voto vencido, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Joel Dias Figueira Júnior, Raulino Jacó Brüning, Victor Ferreira, Marcus Túlio Sartorato, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Henry Goy Petry Júnior e João Batista Góes Ulysséa, e com voto vencedor, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Denise Volpato,

Jairo Fernandes Gonçalves, Ronei Danielli, Sebastião César Evangelista, Domingos Paludo, Eládio Torret Rocha e Sérgio Izidoro Heil.

Florianópolis, 11 de abril de 2014.

Luiz Fernando Boller

RELATOR

RELATÓRIO

Cuidam-se de Embargos Infringentes opostos por Domingos Luiz Costa Curta, contra decisão prolatada pelo colegiado da Câmara Especial Regional de Chapecó, que nos autos da Apelação Cível nº 2011.012900-5 (disponível em <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20060281275&Pesquisar=Pesquisarhttp://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20110129005>> acesso nesta data), reciprocamente interposta, tanto pelo ora embargante, bem como por Raul Gransotto e Sociedade Rádio Peperi Ltda., por maioria de votos reformou a sentença, julgando improcedente o pedido inaugural, nos seguintes termos:

Perante o juízo da 1ª Vara Cível da comarca de São Miguel do Oeste, DOMINGOS LUIZ COSTA CURTA promoveu ação de reparação por danos materiais e morais contra RAUL GRANSOTTO e SOCIEDADE RÁDIO PEPERI LTDA., sob o pressuposto de que, em 06.08.2005, o Requerido Raul Gransotto em entrevista levada ao ar no programa “*Peperi Entrevista*”, da Rádio Peperi, coordenado pelo jornalista Ageu Vieira, “*proferiu ofensas ao autor, ofendendo-lhe a honra, a dignidade e o decoro, e o expondo negativa e injustamente perante os ouvintes do referido órgão de comunicação*” (fl. 03).

Por força disso, pugnou pela condenação dos Demandados ao pagamento de indenização por danos morais, no valor equivalente a 200 (duzentos) salários

mínimos, acrescidos de juros e correção monetária, respectivamente, a partir da citação e do ajuizamento da presente demanda; bem como ao pagamento de indenização por danos materiais, na quantia de R\$ 98,75 (noventa e oito reais e setenta e cinco centavos), relativamente aos custos com a notificação extrajudicial.

SOCIEDADE RÁDIO PEPERI LTDA. ofertou resposta alegando que “o interesse da entrevista foi unicamente acerca do debate legislativo, envolvendo um assunto relacionado à gruta Nossa Senhora de Lurdes (esquina das ruas Padre Aurélio Canzi e La Salle, nesta), na medida em que fora apresentada indicação por um dos vereadores, para fins de construir-se um memorial em lembrança ao Padre Aurélio Canzi. O debate legislativo acabou por envolver a Igreja Católica (cuja Mitra de São Miguel do Oeste ingressou com ação de usucapião do imóvel sobre o qual está edificada a gruta referida). Neste sentido, a entrevista fora conduzida pelo entrevistador, com alusão do debate legislativo, com o envolvimento da Igreja Católica. (...) O único que mencionou o nome do Autor foi o primeiro requerido, sem o envolvimento ou provocação da segunda Requerida, além do que esta não tinha qualquer condição de prever as colocações do primeiro Requerido, especialmente em se tratando de uma entrevista concedida AO VIVO.” (fl. 49, grifo no original). Disse que “a liberdade de imprensa, hodiernamente, se configura no instrumento mais valioso na promoção da dignidade humana, afinal, é através da imprensa que a população em geral, das mais abastadas classes, quanto das classes mais prejudicadas, pode tomar conhecimento daquilo que de importante acontece nos meios sociais, em especial o círculo político. (...) Tome-se por vista o fato da segunda Requerida ter pautado entrevista com o presidente da Câmara de Vereadores de São Miguel do Oeste, de forma a levar ao conhecimento da população os debates, as atividades e as deliberações dos legisladores municipais. Este o verdadeiro espírito da imprensa imparcial e preocupada com os seus desígnios sociais e comunitários” (fl. 51). Pleiteou pela improcedência do pedido do Autor.

RAUL GRANSOTTO ofereceu contestação sustentando que “O Estado, bem como a maioria dos países, não têm, felizmente, nenhuma religião oficial. Crenças e descrenças devem por igual ser respeitadas. Por isso que a alegação do Autor de que, por ser sacerdote, goza de certas prerrogativas superiores às demais pessoas, nada dizem perante nosso direito, pois dizer que o dano moral de um padre é superior aos dos outros, é atentar com

discriminação, o que deveria ser combatido por aqueles que se dizem os defensores da mora, dos bons costumes, dos fracos e oprimidos. (...) a pretensão do Autor, padre ou não, não encontra procedência em qualquer seara do direito, sobretudo com relação à percepção de indenização à ordem de anos morais...” (fl. 71). Argumentou que o “*iniciou a frase com a expressão imbecil, sem dar continuidade ao pretense raciocínio danoso, nem mesmo as expressões anteriores, inclusive as indagações efetuadas. Portanto, a única expressão supostamente danosa não teve o condão de ofender, mas apenas de se defender da perseguição do Autor para com os atos da Câmara Municipal de vereadores e seus membros. Cessou o raciocínio tão logo a expressão foi utilizada e nada mais. No mais, como demonstra a transcrição da mesma entrevista, o Requerido apenas defendeu um de seus colegas e a própria Câmara de retaliações perpetradas pelo Autor e a Igreja Católica, dentro de um universo já existente, relacionado a uma discussão polemizada em toda a sociedade por membros da igreja católica, dentre os quais o Autor”* (fl. 80).

Réplica às fls. 132-184.

Em saneador, o magistrado de 1º grau afastou a arguição de intempestividade das contestações e determinou o prosseguimento do feito, designando data para audiência de instrução e julgamento (fl. 215).

Contra essa decisão, o Autor interpôs Agravo Retido requerendo, em síntese, fosse reconhecida a revelia dos Demandados, face a intempestividade das peças contestatórias.

Designada audiência, a conciliação restou inexitosa, tendo sido instruído o feito com a ouvida de uma testemunha da empresa de rádio.

Todas as partes apresentaram alegações finais.

Por sentença, o MM Juiz de Direito de 1º grau julgou procedente o pedido do Autor e condenou os Demandados, solidariamente, ao pagamento em favor do Autor de indenização por danos morais no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com correção monetária pelo INPC desde a sentença (STJ, Súmula 362) e juros de mora de 1% ao mês desde 06.08.2005 (STJ, Súmula 54), e por danos materiais no valor de R\$ 98,75 (noventa e oito reais e setenta e cinco centavos), corrigido monetariamente desde a data do desembolso pelo INPC (19.08.2005) e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da entrevista ofensiva (06.08.2005 - STJ, Súmula 54).

SOCIEDADE RÁDIO PEPERI LTDA. opôs embargos de declaração, que foram rejeitados (fls. 348-349).

Todas as partes apelaram.

O Autor, pleiteando, em síntese, pela majoração da verba indenizatória arbitrada à título de danos morais.

RAUL GRANSOTTO perseguindo, em suma, a reforma da sentença para ver julgado totalmente improcedente o pedido do Autor; ou reduzido o *quantum* indenizatório arbitrado por danos morais reconhecidos.

Já SOCIEDADE RÁDIO PEPERI LTDA. apelou argumentando dever ser excluída do polo passivo da demanda, sob o entendimento de não poder responder por atos de terceiro, ou, caso mantida a condenação, a mitigação do valor da indenização para 5 (cinco) salários mínimos, bem como lhe ser assegurado o direito de regresso contra o primeiro Requerido.

Foram apresentadas contrarrazões por todos os recorrentes.

Após, os autos ascenderam a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

Porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Do agravo retido

O Autor interpôs agravo retido contra decisão que afastou a arguição de intempestividade das contestações (fl. 215).

Todavia, não merece conhecimento tal irresignação, eis que não satisfeita a exigência do art. 523, § 1º, do CPC, haja vista não ter sido requerida pelo Agravante a apreciação da insurgência como preliminar, por ocasião do julgamento da apelação.

Nesse mesmo sentido colhe-se da jurisprudência desta Corte:

“AGRAVO RETIDO. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO NAS CONTRA. RAZÕES DE APELAÇÃO. ART. 523, § 1º, DO CPC.

Se a parte interpõe recurso de agravo retido no curso do processo, mas por

ocasião da resposta ao recurso de apelação deixa de requerer expressamente a sua apreciação pelo Tribunal “ad quem”, resta prejudicado seu exame, a teor do art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil.” (Apelação Cível n. 2007.034234-9, de Içara, rel. Des. Cid Goulart, j. em 31/10/2007).

Pelo que, não conheço do Agravo Retido.

Dos recursos de Raul Gransotto e da Sociedade Rádio Peperi Ltda.

RAUL GRANSOTTO persegue a reforma da sentença para ver julgado totalmente improcedente o pedido inaugural, ou, assim não sendo, a redução do *quantum* indenizatório arbitrado à título de danos morais.

Já SOCIEDADE RÁDIO PEPERI LTDA. postula sua exclusão do polo passivo da demanda, sustentando não poder responder por atos de terceiros, e, se mantida a condenação, postula seja mitigada a indenização para 5 (cinco) salários mínimos, assegurado seu direito de regresso contra o primeiro Requerido.

Votou o Eminent Relator no sentido de manter o mérito da sentença apelada, sob o pressuposto de que foi claramente violada a honra e a imagem do Autor/Apelado, por força da utilização, em entrevista radiofônica, da palavra “*imbecil*”, entre outras ofensas.

Ousei divergir de Sua Excelência.

E justifico.

Tenho ser o pressuposto da sentença, e do Voto do Eminent Relator, o entendimento de que a ofensa decorre, fundamentalmente, do emprego da expressão *esse imbecil*.

Se vislumbrarmos a expressão isoladamente de todo o conteúdo da entrevista transcrita às fls. 91-96, se poderia concluir pela manutenção da condenação.

Contudo, nosso Código de Processo Civil filia-se ao sistema da persuasão racional para a apreciação da prova, o que significa que a liberdade do intérprete está condicionada pelo texto legal à exigência de “*que a convicção se forma em face dos fatos e circunstâncias constantes dos autos*”, como bem apontou MOACYR AMARAL SANTOS (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. 2, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 395-396, grifei).

Ora, os autos revelam, incontroversamente, que o Apelado, sacerdote da

Igreja Católica Apostólica Romana, filiou-se à agremiação partidária Partido dos Trabalhadores - PT, e desvestindo-se da condição de pastor, lançou-se à disputas político-partidárias-eleitoreiras, combatendo o Apelado, notadamente quanto à iniciativa de construção de um memorial em homenagem a um religioso morto, sujeitando-se, portanto, à crítica veemente, como toda pessoa pública.

É o que se colige à fl. 91, onde confere-se que o Apelante explicava ao repórter quais as motivações para a construção do memorial ao Padre Aurélio na Gruta, com guarda das relíquias do sacerdote morto, o que só beneficiaria a Igreja Católica, pois tornaria o local público *“para que todo o povo de São Miguel do Oeste tivesse acesso lá”*, sem derrubar árvores, ao contrário do que o Autor estaria propalando. Contudo, *“Ele tentou fazer comigo abaixo assinado no interior, dizendo que era uma vergonha eu ter voltado, que eu usei meu poder econômico. Este “imbecil”, ele é adepto da Teologia da Libertação e esta Teologia da Libertação é partido único, ele quer a ditadura dele. Ele mandar e só ele que sabe. Então este senhor, para mim ele é totalmente condenável, ele é totalmente suspeito inclusive, né...”*.

Sob tal enfoque, a expressão *“esse imbecil”*, há que se compreender como referência a uma pessoa que *“denote inteligência curta ou possui pouco juízo”*, como colhe-se no Dicionário Houaiss (editora Objetiva, edição 2004).

Sob tal contexto, não pode a expressão ser tida como forrada do propósito injurioso, ou infamante, como viu o Magistrado de Primeiro Grau, e, com todas as vênias, avalizou o Eminentíssimo Relator, pois afirma-se, sim, uma crítica dentro em um clima de animosidade acirrada, mas sem desbordar para o plano de abuso no direito à crítica, sendo de cabida a invocação da advertência do Eminentíssimo Desembargador LUIZ CARLOS FREYESLEBEN, na Apelação Cível nº 2009.065391-8, quando bem firmou Sua Excelência que *“sabe-se que as pessoas públicas estão muito mais expostas a críticas se comparadas ao resto da população”*.

E ali não vejo destacada a figura do sacerdote, mas do filiado ao Partido dos Trabalhadores, ainda que sacerdote, adversário político do Autor, inclusive quanto à querela Memorial ao Padre Aurélio. Tudo agravado pela circunstância de que teria o Autor contribuído, com atuação contra o Apelante, na *“ação que tentou cassar seu mandato”* de Vereador à Câmara Municipal de São Miguel do Oeste, como noticiado no jornal Gazeta Catarinense (fl. 68).

Em situação símile, não reconheceu a Quinta Câmara de Direito Civil, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ofensa hábil a ensejar responsabilidade civil, consubstanciada em dano moral por reconhecer que entrevista desse jaez “*foi concedida em um contexto de evidente animosidade entre as partes, declaradamente pertencente a grupos políticos rivais e que vinham nutrindo sérias desavenças, no mínimo, desde a última eleição municipal*” (Apelação Cível nº 70028538221, Quinta Câmara Cível, Relator Des. Leo Lima, julgado em 15.07.2009).

E complementa, “*É nesse contexto que não se verifica, na entrevista concedida pelo réu, acusações ou ofensas que possam ter causado dor, vexame, sofrimento ou humilhação capaz de atingir a dignidade do demandante, a ponto de interferir em sua esfera psicológica. Especialmente, por não se tratar de um fato isolado, mas que está atrelado a uma animosidade antiga e a uma ofensa anterior*”.

Não dissente, colho outras jurisprudências desta Corte:

“*AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DENUNCIA SUBSCRITA PELO RÉUS CONTRA ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PRETENSAMENTE COMETIDOS PELO PREFEITO MUNICIPAL DE CHAPECÓ. (...) CORRESPONDENTE DEVER DE SUPORTAR, ESSAS PECULIARIDADES, ATRIBUÍDO AOS QUE SE LANÇAM NA VIDA POLÍTICA. PREJUÍZO INEXISTENTE. NÃO OCORRÊNCIA, ADEMAIS, DE REPERCUSSÃO NEGATIVA NA ESFERA JURÍDICO-POLÍTICA DO RECORRENTE O QUAL CONTINUOU A APRESENTAR IMPORTANTES DESEMPENHOS POLÍTICO-ELEITORAIS MESMO APÓS O EVENTO TIDO POR OFENSIVO DE SUA REPUTAÇÃO E IMAGEM PÚBLICAS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.*”

(...) *E isto porque ao cogitar-se de homem público, em efetivo exercício de cargo de interesse coletivo, a análise de eventual excesso dos termos e expressões que porventura sejam dirigidas contra seus atos praticados na gestão da res publica deve pautar-se, indefectivelmente, por significativo grau de tolerância - à diferença do que ocorre nas relações privadas - a bem da indispensável sujeição dos administradores ao amplo controle de legalidade, o qual se consubstancia em verdadeiro alicerce viabilizador de um sistema jurídico-político que se queira democrático e republicano”* (Apelação Cível

nº 2003.030331-6, de Chapecó, Rel. Des. Eládio Torret Rocha, Quarta Câmara de Direito Civil, j. em 15.05.2009).

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CRÍTICAS CONTRA O PREFEITO MUNICIPAL DIVULGADAS NA COMUNIDADE LOCAL POR SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO. INFORMATIVO QUE SE LIMITOU A CRITICAR O DESEMPENHO DO AUTOR NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS. AUSÊNCIA DE ANIMUS INJURIANDI OU DIFAMANDI. CARGO POLÍTICO DE CHEFE DO PODER EXECUTIVO SUSCETÍVEL A CRÍTICAS E MANIFESTAÇÕES CONTRÁRIAS À POLÍTICA SALARIAL ADOTADA. INEXISTÊNCIA DE ABUSOS. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

“O homem público é foco de atenções de todos os seguimentos da sociedade, sujeitando-se, por esta razão, a críticas em face de sua atuação no exercício da função pública inerente ao cargo ocupado” (TJSC, Apelação Cível nº 2005.024223-2, de Orleans, Relator: Des. Subst. Joel Dias Figueira Júnior, julgado em 25/03/2008). (...).”

(Apelação Cível nº 2007.004599-5, de Maravilha, Primeira Câmara de Direito Civil, Rela. Desa. Denise Volpato, j. em 03.06.2009).

Necessário ressaltar, de outra parte, que a *sentença condenatória* a que se refere o Magistrado *a quo*, e destacada pelo Eminentíssimo Relator em seu voto na sessão de julgamento, é de nenhum efeito, não podendo sustentar qualquer pretensão condenatória de dano moral como pretendido por Suas Excelências.

Isso porque, trata-se de uma sentença penal condenatória que transitou em julgado tão somente para a acusação, tendo o Acusado interposto recurso de apelação, que foi dado por prejudicado pelo Juízo Sentenciante porque, reconhecendo a materialização do lapso prescricional, extinguiu a punibilidade.

Fere-se, aqui, *prescrição retroativa da pretensão punitiva*, o que significa, como observa ALVARO MAYRINK DA COSTA, que “*inexiste condenação do réu*” (Direito Penal, Parte Geral, vol. 3, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 714, grifo no original).

PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR bem destaca que “*com a prescrição da pretensão punitiva, extinguem-se todos os efeitos do delito praticado. É como se o agente jamais houvesse atentado contra o direito*” (Código Penal Comentado, 8ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 326).

Esclarece CELSO DELMANTO que, “*Como a prescrição se verifica antes de transitar em julgado a sentença final condenatória e o art. 109 lhe faz ressalva e remissão expressas, trata-se de prescrição da pretensão punitiva (ou “da ação”). Por isso, fica extinta a própria pretensão de se obter uma decisão a respeito do crime. Não implica responsabilidade do acusado, não marca seus antecedentes, nem gera futura reincidência; o réu não responde pelas custas do processo e os danos poder-lhe-ão ser cobrados no cível, mas só por via ordinária*” (Código Penal Comentado, Renovar, 6ª edição, Rio, 2002, pag. 227, verbete efeitos da prescrição retroativa, grifos no original).

JÚLIO FABBRINI MIRABETE, na 5ª edição do Código Penal Interpretado, bem explicitou que:

“Ocorrido o crime nasce para o Estado a pretensão de punir o autor do fato criminoso, que deve ser exercida dentro de determinado lapso temporal, que varia de acordo com a figura criminosa e segundo o critério do máximo cominado em abstrato da pena privativa de liberdade. Escoado esse prazo, que é submetido a interrupções ou suspensões previstas em lei, ocorre a prescrição da pretensão punitiva, chamada impropriamente de prescrição da ação penal.

Nessa hipótese, que ocorre sempre antes de trânsito em julgado da sentença condenatória, são totalmente apagados todos os seus efeitos, ainda que haja sentença condenatória proferida. Ficam afastados, também, quaisquer efeitos civis, administrativos, processuais etc., que decorreriam do processo ou da sentença condenatória” (São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 805).

É verdade que no REsp 789251/RS, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, pelo voto na Ministra NANCY ANDRIGHI, entendeu que “*A sentença penal condenatória produz efeitos cíveis, ainda que, posteriormente, se reconheça a prescrição da pretensão punitiva, retroativamente, com base na pena fixada em concreto*”.

Assim o fez Sua Excelência sob o pressuposto de que, “*A prescrição retroativa, posteriormente reconhecida, só atinge os efeitos penais da condenação, e*

não seus efeitos civis. Afinal, não se pode ignorar que o Poder Judiciário reconheceu a existência de fato típico, antijurídico e culpável e isso é o quanto basta para que, na esfera cível, imponha-se o dever de indenizar. A sujeição do condenado à pena é fato absolutamente irrelevante para fins de direito privado”, conforme colho no corpo do Voto.

Com todas as vênias da Eminente Ministra, o entendimento do Acórdão afronta a garantia constitucional inscrita no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, que diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Tem o Excelso Supremo Tribunal Federal proclamado que “A prescrição da pretensão punitiva ocorre antes do trânsito em julgado da condenação para a defesa, regulando-se pela pena concretamente cominada aos crimes, nos termos dos arts. 109; 110 § 1º, e 117, todos do Código Penal” (HC 103258, relator Ministro DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, j. em 16.11.2010)

Resulta disso que, na prescrição penal retroativa, em que a sentença transitou em julgado somente para a Acusação, tendo a Defesa interposto recurso de apelação, não há trânsito em julgado da sentença condenatória, pois que, decretada a prescrição, esvazia-se o decreto condenatório, razão porque perde o objeto o recurso interposto pelo Acusado.

Não há, portanto, *título declaratório de culpa*.

E isso exatamente o que declarou o Julgador na peça de fl. 301, com destaque, como confiro: “*Em razão da extinção da punibilidade, restou prejudicado o recurso do querelado (fls. 232/235; vide TJSC, Apelação Criminal nº 2005.021230-1, de Joinville, rel. Des. Subst. Túlio Pinheiro, j. 26/06/07*”.

E o que disse aquele Eminente Relator no Acórdão, o Desembargador Substituto TULLIO PINHEIRO, para assim proceder?

Confiro:

“... No que concerne ao exame da pretensão recursal aventada pelo incriminado, tem-se que seu mérito está prejudicado pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado

...

Cumpra anotar, por fim, que o reconhecimento da prescrição obsta a análise de mérito da apelação.

Nesse sentido, doutrina JULIO FABBRINI MIRABETE: “[...] extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, inclusive a intercorrente ou retroativa, não se pode discutir, em qualquer instância, sobre o mérito do processo. Isso porque essa espécie tem amplos efeitos, eliminando toda a carga jurídica de eventual sentença condenatória e extinguido qualquer consequência desfavorável ao acusado, de modo que o condenado adquire o status de inocente para todos os efeitos legais.” (Código Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 1999, p. 598/599)

Na mesma toada, diz a jurisprudência: PENAL. RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECURSO DA DEFESA. MANIFESTA AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. Decretada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do estado, é manifesta a ausência de interesse recursal da defesa, visto que com a prescrição desfaz-se todos os efeitos da condenação.” (STJ - REsp 318127/PE, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 01.08.2005)”

Se assim não fosse, gravar-se-ia nova afronta às garantias constitucionais inscritas no art. 5º da *Charta*, no particular, aquela do inciso LV, pelo flagrante cerceamento do direito de defesa, pois como com o apelo pretendem os Réus o reexame do mérito das imputações, para verem afastadas as conclusões condenatórias de Primeiro Grau, e o não conhecimento dos recursos, face a prescrição, lhes estaria obstando o intento, fazendo-os, sem a necessária observância do duplo grau de jurisdição, culpados para efeitos civis.

Por tais razões, não conheço do agravo retido; conheço dos recursos dos Requeridos e dou-lhes provimento para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido do Autor e condená-lo ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais); prejudicado o apelo do Requerente (fls. 414/427).

Divergindo da doutra maioria, o Desembargador Eduardo Mattos Gallo Júnior manifestou-se no sentido de se negar provimento aos recursos, o que fez nos seguintes termos:

Ambos os réus, ao interporem seus recursos, sustentaram a inocorrência de qualquer ato ilícito. O co-réu RAUL GRANSOTTO alega, em síntese, que não ofendeu o autor, conforme descrito na exordial, e, ainda, que inexistiu qualquer dano comprovado à sua imagem. Já a co-ré SOCIEDADE RÁDIO PEPERI, resumidamente, aduziu que não concorreu para o fato gerador do dano moral, sendo, por esta razão, ilegítimo na cobrança da indenização.

1.1. Do Primeiro Réu - RAUL GRANSOTTO.

Contudo, pode-se observar que não há controvérsia acerca das palavras proferidas pelo primeiro réu RAUL GRANSOTTO em desfavor do autor DOMINGOS LUIZ COSTA CURTA. Insta salientar que, embora o primeiro réu negue que tenha utilizado a palavra “*imbecil*”, entre outras ofensas, confessa logo em seguida sua utilização, ao tentar esclarecer seu significado para o caso dos autos, conforme se denota de sua apelação.

Ademais, dentre as provas constantes nos autos, existe o teor da entrevista celebrada em 06/08/2005, tendo como entrevistador Ageu Vieira, preposto da segunda ré, e como entrevistado o primeiro réu. E, analisado isso, tem-se como acertada a decisão atacada em relação ao reconhecimento de que as palavras foram, efetivamente, ofensivas.

Isto porque, a ofensa aqui debatida violou claramente o direito honra e a imagem do autor (protegidos pelo artigo 5º, X, da CRFB/88), caracterizando, inequivocamente, a ocorrência de um ato ilícito, aplicando-se, destarte, a previsão dos artigos. 186, 187 e 927, todos do Código Civil.

Com precisão, colhe-se da sentença, adotando-se como fundamentos da presente decisão, o reconhecimento de que o primeiro réu agiu com *animus injuriandi, verbis* (fls. 319):

O adjetivo “*imbecil*” foi empregado com nítido propósito injurioso, infamante. O Dicionário Aurélio esclarece que imbecil tem, dentre outros, o sentido de *toló, idiota, covarde, pusilânime, estúpido*. No trato vulgar, a potencialidade lesiva é ainda mais agravada. As pessoas recebem o vocábulo “*imbecil*” como xingamento, manifestação inequívoca de depreciação. (grifos no original)

Ainda, vale ressaltar, inclusive, os fundamentos expostos na sentença penal condenatória proferida pelo ilustre colega Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben, que bem examinou a questão (fls. 286-290):

[...] O parlamentar goza de imunidade material. É inviolável por suas opiniões, palavras e votos (art. 29, VIII, CF). Não é uma carta branca, entretanto, para achincalhar a honra alheia, nem salvo-conduto para atravessar os limites da urbanidade. [...]

Como membro da Câmara Municipal, não se poderia cogitar a existência de crime de injúria por manifestar-se contrário a uma vertente religiosa ou ideológica, ainda que o fizesse de modo contundente e incisivo. Não caberia censura, outrossim, no combate a uma agremiação política contrária. Todavia, a ofensa pessoal e direta excede a imunidade material, mormente se proferida além do âmbito do Município.[...]

O objeto jurídico no crime de injúria é a honra subjetiva, entendida como o “*sentimento que cada pessoa tem a respeito de seu decoro ou dignidade*” (Celso Delmanto et alii, Código Penal Comentado. 6. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 303) [...].

Seguindo, outrossim, referida decisão penal, resta claro, em razão da vasta gama de provas anexados aos autos, que o co-réu RAUL mantinha desavenças pessoais com autor, Pe. Domingos.

Repise-se que a ofensa proferida pelo, à época, vereador Raul Gransotto, foi em rádio com audiência regional e não meramente local, na tentativa de desqualificar o homem, enquanto sacerdote.

Nesse sentido, na entrevista concedida à rádio (fls. 91-103), o co-réu RAUL GRANSOTTO, usou termos e fez insinuações capazes de abalar a reputação do autor no meio social e no meio religioso, frente a seus superiores e aos fiéis, com grave tom ofensivo. Assim, veja-se:

[...] ele quer a ditadura dele, ele mandar e só ele que sabe [...] ele é totalmente condenável, ele é totalmente suspeito inclusive [...] Eu não chamo de padre, né. [...] Ele é, ele já falou, que é adepto da Teologia da Libertação, né, ele é ditatorial, por assim, dizer, e ele quer que as maneiras sejam como ele quer fazer [...] Então ele tá, ele é, ele é mau, entende? Eu não vou dizer as palavras aqui dum certo senhor que diz que são pessoas do mal, não posso aqui fazer minhas as palavras porque eu brigo com ele, mas essa é uma pessoa que tem o mal no coração, e a gente precisa extirpar esse mal desse senhor, principalmente tirando a filiação dele ou tirando ele da própria Mitra. [...]

Ao tachar o autor de “*peessoa do mal*”, “*peessoa que tem o mal no coração*”, que “*quer a ditadura*”, “*peessoa suspeita e condenável*”, o réu RAUL GRAN-SOTTO efetivamente atingiu gravemente e negativamente a reputação do autor.

Urge apreciar o pedido do primeiro réu acerca da aplicabilidade da imunidade Constitucional estampada no artigo 29, VIII, do texto Magno, donde se extrai:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

[...] VIII - inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município;

Conforme se denota dos autos as palavras proferidas pelo primeiro réu extrapolaram os limites do interesse do mandato eletivo que exerce e, conforme incontroverso nos autos, extrapolou também a circunscrição do Município.

Veja-se que o adjetivo imbecil foi expressamente direcionado a pessoa do autor, a sua personalidade, e não a sua conduta, conforme se denota dos autos, podendo-se citar:

[...] Esse imbecil, ele é adepto da Teologia da Libertação, e essa Teologia da Libertação é partido único. Ele quer a ditadura dele, ele mandar e só ele que sabe. Então esse senhor, pra mim é totalmente condenável, ele é totalmente suspeito inclusive, né? Nós estamos preparando, deixando ele falar, inclusive, porque vão vir ações contra ele, inclusive a minha, que eu estou preparando né, pra que, ações de danos morais, ele vai ter que me ajudar a pagar o que eu paguei, aquela história toda. [...]

Destarte, tendo o primeiro réu, transpassado os interesses da municipalidade na entrevista multicitada, faz-se necessário relativizar a imunidade que lhe acoberta, nos termos da jurisprudência consolidada neste Tribunal, à luz dos preceitos do Supremo Tribunal Federal, donde se extrai:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMUNIDADE DE VEREADOR.

CARÁTER ABSOLUTO. INEXISTÊNCIA. LIMITES NA PERTINÊNCIA COM O MANDATO E INTERESSE MUNICIPAL. AGRAVO IMPROVIDO. I - A imunidade material concedida aos vereadores por suas opiniões, palavras e votos não é absoluta. Abarca as manifestações que tenham pertinência com o cargo e o interesse municipal, ainda que ocorram fora do recinto da Câmara, desde que dentro da circunscrição municipal. Precedentes. II - Agravo regimental improvido. (AI 698921 AgR, Relator(a):- Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-152 DIVULG 13-08-2009 PUBLIC 14-08-2009 EMENT VOL-02369-13 PP-02769 RT v. 98, n. 890, 2009, p. 178-180)

Assim, caracterizado o ato ilícito e a responsabilidade do ato praticado pelo primeiro réu, bem como a efetiva ocorrência de danos extrapatrimoniais, faz-se necessário apurar a responsabilidade da segunda ré.

1.2. Da Segunda Ré - SOCIEDADE RÁDIO PEPERI LTDA.

No caso em tela, observa-se que a conduta da segunda ré não se trata unicamente de divulgação de um fato, mas sim de entrevista “*ao vivo*”, conforme ponderado por ela em seu recurso.

Destarte, no momento em que a segunda ré se dispôs a realizar a entrevista “*ao vivo*”, deu margem para que os fatos ocorressem da forma em que se deram, assumindo, desta forma, o risco da atividade para fins de responsabilidade cível.

O entendimento aqui delineado já restou acolhido por este Egrégio Tribunal, em acórdão da lavra do Des. Stanley da Silva Braga, na apelação cível 2006.037271-0, de Joinville, DJ em 25/10/2005, de onde se extrai:

No que concerne à responsabilidade da rádio demandada, certa é a sua incidência, eis que responde objetivamente pelo que pelas suas “ondas” é veiculado.

Com efeito, exercendo a emissora de rádio profissionalmente atividade econômica, sujeita-se à aplicação da teoria do risco da atividade para fins de responsabilidade civil, o que significa, nas palavras de Fernando Noronha, eminente professor do Curso de Direito da UFSC:

“A responsabilidade objetiva, ou pelo risco, é a obrigação de reparar danos causados a outrem, que tenham acontecido durante atividades realizadas

no interesse ou sob o controle da pessoa responsável e independentemente de qualquer atuação dolosa ou culposa desta [grifou-se] (Apostila de Responsabilidade Civil - obra ainda não publicada. Cap. 12, p. 492).

E no sentir de Carlos Alberto Bittar:

“Daí, o avanço representado pela teoria do risco (ou “teoria objetiva”), em que basta a simples causalidade (causalidade extrínseca), sem cogitação da intenção do agente. Com posição intermediária, a técnica da presunção de culpa pressupõe, para certas situações, o elemento subjetivo, invertendo, pois, o ônus da prova, em razão da condição menos favorável - natural e, muitas vezes, econômica - vítima” (Responsabilidade civil: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 2.).

Vale destacar o Superior Tribunal de Justiça acolhe a teoria do risco inerente a atividade, o que persiste, ao meu ver, mesmo com o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, especialmente em se tratando de programa “*ao vivo*” ou “*canal aberto*”, nos termos da decisão proferida nos autos do Resp 331.182/SE, do Min. Aldir Passarinho Junior, assim ementado:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ENTREVISTA OFENSIVA DIVULGADA EM PROGRAMA RADIOFÔNICO “AO VIVO”. DEMANDA MOVIDA CONTRA O ENTREVISTADO E EMISSORA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DE AMBOS. LEI DE IMPRENSA, ART. 49, § 2º. RESPONSABILIDADE INERENTE A TAL PROPOSTA DE PROGRAMA.

I. Se a ofensa à moral decorreu de entrevista dada “*ao vivo*” em programa radiofônico da modalidade “*canal aberto*”, tem-se configurada a responsabilidade da emissora prevista no art. 49, parágrafo 2º, da Lei nº 5.250/67, ainda que o apresentador não tivesse conhecimento do teor das alegações, porquanto essa modalidade de “*canal aberto*” constitui risco inerente à atividade a que se propõe a empresa de comunicação, da qual obtém audiência e, evidentemente, receita econômica.

II. Co-responsabilidade da entrevistada, que, inclusive, reconhecidamente assacou inverdades, por ela própria desmentidas em programa subsequente, da mesma emissora.

III. Recurso especial conhecido e provido, com fixação do *quantum* indenizatório a título de dano moral, a ser suportado por ambas as rés. (REsp 331.182/SE, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 03/09/2002, DJ 17/03/2003, p. 234)

Inobstante a aplicação da teoria do risco da atividade, tem-se que o juízo *a quo* reconheceu, sabiamente, que o entrevistador instigou o entrevistado a estender a fala sobre as questões que envolviam o autor, ao passo que deveria ter tomado as devidas providências cautelares, seja previamente à entrevista ou posteriormente ao início da prolação da difamação e injúria.

Destarte, impede-se de se reconhecer de forma diferente já que incumbia ao entrevistador, preposto da ré, proceder de forma cuidadosa. Não o fez de forma suficiente a afastar o dever de indenizar por parte da emissora de rádio.

Constata-se, diante dos fundamentos acima esposados, que não há o que se falar em ofensa ao direito de liberdade de expressão, já que, como visto, estes limites foram extrapolados também pela segunda ré na execução de sua atividade fim.

Insta destacar que “*Sendo formadora de opinião, a imprensa pode facilmente destruir a imagem de alguém mediante pequeno esforço de divulgação de notícias desabonatórias. Isto multiplica seu dever de zelo, ao mesmo tempo em que acentua a responsabilidade dos que militam nessa área. (...)*” (Dano moral, dano material e reparação . 5. ed. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 2001. p. 169, apud Apelação Cível 2004.006237-0, de Araranguá. Rel Wilson Augusto do Nascimento. DJ 21.10.2005)

2. Do Dano Moral.

Já em relação à gravidade do ato, insurgem-se ambos os réus, sustentando a inocorrência de dano moral.

Brilhantemente asseveram que o convívio em sociedade traz aos indivíduos certos desgostos que caracterizam apenas dissabor ou aborrecimentos mínimos.

Porém, da análise das provas dos autos não se pode concluir que a situação vivenciada pelo autor caracterizou tão somente um mero dissabor, já que a manifestação do primeiro réu foi incisiva e tendente a atacar deliberadamente a honra objetiva e subjetiva do autor, por meio da empresa radiodifusora,

segunda co-ré, que, ao apresentar programa não ceifou a chance daquele de denegrir a imagem do requerente.

Por tais razões, há de se reconhecer a ocorrência dos aventados danos morais, os quais, segundo iterativa jurisprudência, prescindem de prova de sua ocorrência, bastando que se comprove o fato em si, isto é, “[...] *Há de se ressaltar que atualmente é pacífico na doutrina e jurisprudência que, regra geral, o dano moral não necessita ser comprovado, sendo ele de presunção in re ipsa, ou seja, sua existência é presumível como decorrente do ilícito em si*”. (Apel. Cível 2006.032397-5. Rel. Saul Steil. DJ 2010-10-29)

3. Do Recurso do Autor e da quantia devida pelo agravo à honra.

Aduzem os réus apelantes que a quantia fixada pelo magistrado de primeiro grau, a título de danos morais, é elevada por não ter sido arbitrada com base em todas as circunstâncias dos autos, à revelia do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo-se evitar o enriquecimento ilícito.

Noutro vertente, manifesta o autor seu inconformismo, pugnando pela majoração do valor fixado em razão de que o princípio reparador, pedagógico e punitivo, não teriam sido observados.

Sobre a quantificação do dano moral, colhe-se a lição de José Raffaeli Santini:

Na verdade, inexistindo critérios previstos por lei a indenização deve ser entregue ao livre arbítrio do julgador que, evidentemente, ao apreciar o caso concreto submetido a exame fará a entrega da prestação jurisdicional de forma livre e consciente, à luz das provas que forem produzidas. Verificará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para a fixação do dano, haja vista que costumeiramente a regra do direito pode se revestir de flexibilidade para dar a cada um o que é seu. (...) Melhor fora, evidentemente, que existisse em nossa legislação um sistema que concedesse ao juiz uma faixa de atuação, onde se pudesse graduar a reparação de acordo com o caso concreto. Entretanto, isso inexistente. O que prepondera, tanto na doutrina, como na jurisprudência, é o entendimento de que a fixação do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do juiz (*in* Dano moral: doutrina, jurisprudência e prática, Agá Júris, 2000, pg. 45).

Desta forma, a quantificação dos danos morais fica ao prudente arbítrio do julgador, o qual fundamentará sua decisão com os critérios de razoabilidade, condenando a parte ré a pagar valor que não importe enriquecimento ilícito sem causa para aquele que suporta o dano, mas uma efetiva reparação.

Assim, para uma decisão justa, deve-se analisar a culpa do causador do dano, o grau de sofrimento da vítima e a situação econômica de ambas as partes, para não ensejar a ruína ou a impunidade daquele.

Neste sentido, colhe-se do TJ/SC:

Evidenciando-se o dano moral, fica o responsável sujeito às conseqüências do ato praticado, das quais exsurge, como a principal, no plano do direito civil, o pagamento de uma soma a ser arbitrada, conforme a gravidade do dano e a capacidade financeira do responsável, com a fixação ficando a critério do Poder Judiciário, indenização essa que deverá ser imposta a título de justa reparação do prejuízo sofrido, mas não como fonte de enriquecimento do lesado. (AC nº 99.003511-5, de Ponte Serrada, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).

No caso em exame, o apelado foi vítima de danos morais, como já decidido pelo juízo de primeiro grau, e pelo que se extrai da sentença, a indenização ficou fixada no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), atualizados desde a data do evento danoso com juros de mora, além de correção monetária a contar de seu arbitramento.

Observando-se os parâmetros mencionados, o *quantum* arbitrado mostra-se suficiente para oferecer ao apelado uma compensação pelo abalo moral sofrido.

É de se ressaltar que as ofensas foram proferidas em veículo de radiodifusão, com alcance intermunicipal, ao vivo, com exaltação de ânimos por parte dos interlocutores (entrevistado e entrevistador), tudo em desfavor do autor que não participava da entrevista. Ofensor e ofendido como sendo pessoas de ampla visibilidade. O primeiro presidente da Câmara de Vereadores, na ocasião, e o segundo, Padre da Paróquia, sendo que as ofensas possuíram também conotação religiosa, tratando-se, sem dúvida, de pessoa bastante conhecida na cidade, tendo assim uma maior repercussão por esta circunstância pessoal.

Noutro norte, mister considerar que foi dado “*direito de resposta*” ao autor, possibilitando-o, ao menos, o exercício deste direito. Isto, contudo, não afasta, por si só, o dever de indenizar e, na espécie, não teria o condão de mitigar o valor corretamente fixado pelo julgado.

Deste modo, diz-se que, na sentença *a quo*, houve a devida observação ao princípio da razoabilidade e também do caráter punitivo e pedagógico da condenação, sendo, então, mister a conservação do valor do dano moral no montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

A respeito esclareço ser inaplicável no caso vertente a Súmula 54, do Colendo STJ, porquanto o até a prolação da sentença de primeira grau inexistia qualquer mora, sendo a data mesma - sentença - o momento a partir do qual devem fluir tanto a correção monetária quanto os juros.

Aliás, já se tem de nosso Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL CONFIGURADO. REGISTRO INDEVIDO DE CONSUMIDOR EM CADASTRO DE INADIMPLÊNCIA. VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM R\$ 7.000,00. PATAMAR QUE ATÉ SERIA MAJORADO, CASO O AUTOR HOUVESSE RECORRIDO. PRETENDIDA REDUÇÃO, PELO RÉU. APELO DESPROVIDO. JUROS DE MORA NO DANO MORAL. INCIDÊNCIA A CONTAR DA DATA DA SENTENÇA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 54 DO STJ. ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO.

Em tema de indenização por danos morais, tanto a correção monetária quanto os juros de mora devem incidir a partir da data da decisão judicial que fixa o valor da reparação, pois que somente nesse momento temporal a obrigação tornou-se líquida e certa, não se podendo cogitar da existência de mora do réu-devedor antes de verificadas estas duas condições, sendo inadequado aplicar-se à espécie a Súmula 54, do Superior Tribunal de Justiça. (AC nº 2009.018696-7, de Capinzal, rel. Des. Newton Janke, j. 8-9-2009). (Apelação Cível n. 2010.050754-3, de Catanduvas, Relator: Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva).

Não se desconhece, por óbvio, da controvérsia da matéria com também precedentes deste Tribunal acerca da respectiva incidência a partir da data do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ, nos casos de indenização por danos morais assemelhados ao dos autos.

Entretanto, a escolha que aqui se faz, vai de encontro a decisão do Grupo de Câmaras de Direito Público desta Corte, em sessão de 11.8.2010, ao julgar os Embargos Infringentes nº 2010.029337-6, de relatoria do Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, consolidou o entendimento de que os juros moratórios, nos casos de ação de indenização por danos morais, incidem da data do arbitramento:

EMBARGOS INFRINGENTES - VOTO VENCIDO O QUAL APLICA-VA O DIES A QUO DE INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS, TRATANDO-SE DE AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, COMO DA DATA DO ILÍCITO - VOTOS MAJORITÁRIOS QUE O FAZIAM INCIDIR DESDE A DATA DO ARBITRAMENTO - PREVALÊNCIA DESTES DEVIDA - DATA ESTA A QUAL A OBRIGAÇÃO SE TORNOU LÍQUIDA E CERTA - VOTOS MAJORITÁRIOS MANTIDOS - RECURSO IMPROVIDO.

“Em tema de indenização por danos morais, tanto a correção monetária quanto os juros de mora devem incidir a partir da data da decisão judicial que fixa o valor da reparação, pois que somente nesse momento temporal a obrigação tornou-se líquida e certa, não se podendo cogitar da existência de mora do réu-devedor antes de verificadas estas duas condições, sendo inadequado aplicar-se à espécie a Súmula 54, do Superior Tribunal de Justiça” (AC n. 2009.018696-7, rel. Des. Newton Janke, de Capinzal).

Assim considerando, caso confirmada a sentença em sede recursal, os juros moratórios e a correção monetária são devidos desde a data da publicação da sentença. Diversamente, caso majorado, minorado ou fixado o valor do dano moral em sede recursal, deverão estes encargos incidir a partir da data do arbitramento operado pelo novo julgamento.

Colhe-se do corpo do acórdão:

Importante esclarecimento a ser operado, o qual restou igualmente pacificado pelo colendo Grupo de Câmaras de Direito Público a partir do presente julgamento, é o de que, caso a sentença proferida pelo magistrado *a quo* seja mantida pelo órgão *ad quem*, deverão os juros moratórios e a correção monetária incidir a partir da data em que publicada a sentença. Diversamente, caso o Tribunal majore, minore ou fixe o dano moral (para as hipóteses em que o juiz negou mencionado dano em primeiro grau), deverá os juros moratórios e a correção monetária incidir a partir deste novo julgamento operado.

Logo, os juros moratórios e a correção monetária incidem a partir da data da sentença. A adequação é pronunciada de ofício (fls. 428/439).

Malcontente com a divergência, e valendo-se da via dos presentes embargos infringentes, Domingos Luiz Costa Curta defendeu que além de não ter lançado candidatura político-partidária, jamais aventurou-se em disputas eleitoreiras com o embargado Raul Gransotto - que alega sequer conhecer pessoalmente -, não sendo dele adversário ideológico, razão pela qual entende que “*não pode se sujeitar à crítica veemente, como toda pessoa pública*” (fl. 443).

Exaltou, mais,

[...] que passou por tantas, em razão dos fatos veiculados na “Rádio Peperi” (corrê), que teve de se transferir da comunidade de São Miguel do Oeste, para Chapecó, com as marcas do período, pois afinal, ninguém pode nesse meio político, pouco ético, ser tachado de imbecil, pessoa do mal, que não chega aos calcanhares do outro padre, em veículo de comunicação social de massa, que se apresenta como líder de audiência, sem ser penalizado civil e penalmente por aquilo que viveu (fl. 444).

Assim sendo, concluiu que não houve mera referência a “*uma palavra ofensiva de forma isolada*” (fl. 446), mas, sim, “*uma gama imensurável de agressões desmedidas*” (fl. 446), devendo prevalecer - como forma de solução adequada -, a decisão condenatória prolatada na esfera penal, aliada ao conteúdo da declaração de voto vencido, razão pela qual bradou pelo conhecimento e provimento da insurgência, mantendo-se intata a decisão de 1º Grau, que julgou procedente a pretensão indenizatória, atribuindo-se aos embargados a satisfação dos ônus sucumbenciais, *ex officio* aplicando-se o Enunciado nº 54 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, quanto à incidência dos encargos de mora (fls. 441/450).

Conquanto devidamente intimado na pessoa de seu respectivo patrono (fls. 486 e 490), Raul Gransotto deixou de manifestar-se, ao passo que, por sua vez, apresentando resposta, a Sociedade Rádio Peperi Ltda. rechaçou a pretendida “*prevalência do julgado criminal sobre o cível*” (fl. 497), reprisando o argumento de que:

O único que mencionou o nome do autor foi primeiro requerido, sem o envolvimento ou provocação da segunda requerida, além do que esta não tinha qualquer condição de prever as colocações do primeiro requerido, especialmente em se tratando de uma entrevista concedida ao vivo (fl. 499).

Bradando, mais, que diante do rumo da entrevista concedida por Raul Gransotto - que à época exercia a Presidência da Câmara de Vereadores local -, concedeu direito de resposta ao ora embargante, que optou por indicar um outro clérigo para proceder a leitura de nota escrita, repudiando a conduta do entrevistado.

Concluiu professando que não possui legitimidade para integrar o polo passivo da lide, não tendo infligido qualquer lesão psicológica ao autor, que, em verdade, estaria em busca de “*riqueza*” (fl. 500).

Insistindo na tese de que agiu de forma “*imparcial, isenta, ética e profissional*” (fl. 505), concluiu exaltando que o fato não passa de “*ligeiro dissabor, cuja insipidez descamba no ridículo*” (fl. 508), pontuando que:

Devemos erigir o menosprezo à contumélia (e seus dissabores), como dogma do consenso universal, escalando-nos ao altiplano de uma vida morigerada e alheia aos ataques turbulentos dos insensatos. Nós, destarte como o “sábio” postulado por aquele filósofo romano, estamos, vez por outra, às voltas com os caprichos do destino, sendo certo que a superação sem pactuação alguma é a atitude mais segura. Salutar é desvencilhar-se de seus tentáculos, dentro do possível (fl. 509).

Nestes termos, clamou pelo desprovemento do recurso, mantendo-se hígido o *decisum* majoritário da Câmara Especial Regional de Chapecó, contando-se eventuais juros de mora desde a data do respectivo trânsito em julgado, ou, subsidiariamente, a contar do arbitramento (fls. 494/510).

Recebido o recurso (fl. 513), foram os autos a mim distribuídos (fl. 514), sobrevivendo, na sequência, a juntada de Termo de Substabelecimento aos poderes outorgados pela Sociedade Rádio Peperi Ltda. (fls. 516/517), bem como Memoriais apresentados por Domingos Luiz Costa Curta (fls. 521/526).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Ab initio, avulto que a condenação de Raul Gransotto na esfera criminal - pela prática de crime contra a honra -, não confere sustentação ao pleito recursal, visto que o documento de fl. 298 consubstancia a extinção da punibilidade pela prescrição (art. 107, inc. IV, do Código Penal), inviabilizando o processamento do recurso interposto pelo querelado, ceifando-lhe a possibilidade de reversão do decreto desfavorável.

Sobre o tema, José de Aguiar Dias de forma peremptória aponta que:

Quando o Código Civil assenta a eficácia da sentença criminal no juízo cível só estabelece dois casos: a existência do fato e a sua autoria. De forma que a irresponsabilidade derivada de legítima defesa ou da perturbação de sentidos provocada pela vítima não se prende, na realidade, à questão da eficácia do julgado criminal na parte em que declarou a dirimente ou a justificativa, mas quando proclamou o que geralmente se esquece: a culpa da vítima. Com efeito, não basta que o autor do dano tenha agido sem culpa para ser civilmente declarado irresponsável. Nosso Código Civil, neste particular, se

redime das muitas imperfeições acusadas em matéria de reparação do dano, pois que manda indenizar ainda quando infringido em estado de necessidade ou em crime considerado justificado. O que pulveriza a obrigação, que sem esta condição continuaria a subsistir, é a culpa da vítima, como determinante do dano, como sucede na legítima defesa ou no crime cometido sob violenta emoção, se causada pela própria vítima. Numa palavra, é a supressão da causalidade, sem a qual não pode haver responsabilidade e, pois, obrigação de reparar.

De sorte que se pode formular, como normas resultantes do art. 1.525 do Código Civil:

- a) a sentença criminal de condenação não permite discussão no juízo da reparação do dano;
- b) a sentença penal de absolvição, se fundada na negativa do fato ou na negativa de que indigitado responsável foi o seu autor, tem eficácia absoluta no cível, trancando, aí, qualquer discussão a respeito;
- c) a sentença penal absolutória fundada em falta de prova, na circunstância de não constituir crime o fato de que resultou o dano, *na de estar prescrita a condenação*, enfim, *em qualquer motivo peculiar à instância criminal quanto às condições de imposição de suas sanções, não exerce nenhuma influência no cível* (Dias, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 914-920 - grifei).

Como bem esquadrinhado pelo Desembargador Paulo Roberto Camargo Costa,

Paulo José da Costa Junior bem destaca que “*com a prescrição da pretensão punitiva, extinguem-se todos os efeitos do delito praticado. É como se o agente jamais houvesse atentado contra o direito*” (Código Penal Comentado, 8ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 326).

Esclarece CELSO DELMANTO que, “*Como a prescrição se verifica antes de transitar em julgado a sentença final condenatória e o art. 109 lbe faz ressalva e remissão expressas, trata-se de prescrição da pretensão punitiva (ou*

“da ação”). Por isso, fica extinta a própria pretensão de se obter uma decisão a respeito do crime. Não implica responsabilidade do acusado, não marca seus antecedentes, nem gera futura reincidência; o réu não responde pelas custas do processo e os danos poder-lhe-ão ser cobrados no cível, mas só por via ordinária” (Código Penal Comentado, Renovar, 6ª edição, Rio, 2002, pag. 227, verbete efeitos da prescrição retroativa, grifos no original).

[...]

Nesse sentido, doutrina JULIO FABBRINI MIRABETE: *“[...] extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, inclusive a intercorrente ou retroativa, não se pode discutir, em qualquer instância, sobre o mérito do processo. Isso porque essa espécie tem amplos efeitos, eliminando toda a carga jurídica de eventual sentença condenatória e extinguido qualquer consequência desfavorável ao acusado, de modo que o condenado adquire o status de inocente para todos os efeitos legais”* (Código Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 1999, p. 598/599) (fls. 423/424).

Assim, a aferição da juridicidade da pretensão reparatória não se aproveita de qualquer efeito penal, carecendo de dedicada e singular análise.

Sob esta ótica, sublinho que o art. 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso X, preconiza a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

E ao tratar da comunicação social, em seu art. 220, a Carta Magna estabelece que *“a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição”*, dispondo, inclusive, que *“nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, incs. IV, V, X, XIII e XIV”*.

Nesta via, o art. 186 do Código Civil preconiza que *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*.

Por sua vez, o art. 927 do mesmo digesto proclama que *“aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”*.

A respeito da qualificação da ilicitude de um determinado ato, Caio Mário da Silva Pereira ensina que:

[...] o ato ilícito é criador tão somente de deveres para o agente, em função da correlata obrigatoriedade da reparação, que se impõe àquele que, transgredindo a norma, causa dano a outrem.

[...] Como categoria abstrata, o ato ilícito reúne, na sua etiologia, certos requisitos que podem ser sucintamente definidos: a) uma conduta, que se configura na realização intencional ou meramente previsível de um resultado exterior; b) a violação do ordenamento jurídico, caracterizada na contraposição do comportamento à determinação de uma norma; c) a imputabilidade, ou seja, a atribuição do resultado antijurídico à consciência do agente; d) a penetração da conduta na esfera jurídica alheia, pois, enquanto permanecer inócua, desmerece a atenção do direito (Instituições de Direito Civil. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 547/548).

E quanto à obrigação de reparar o dano, o aludido jurista assevera que:

[...] O ato ilícito tem correlata a obrigação de reparar o mal. Enquanto a obrigação permanece meramente abstrata ou teórica, não interessa senão à moral. Mas, quando se tem em vista a efetiva reparação do dano, toma-o o direito a seu cuidado e constrói a teoria da responsabilidade civil. Esta é, na essência, a imputação do resultado da conduta antijurídica, e implica necessariamente a obrigação de indenizar o mal causado. (Op. Cit., p. 552/553).

Na mesma senda, Rui Stoco destaca ser a responsabilidade civil a retratação de um conflito, pois, para o referido doutrinador, “*toda vez que alguém sofrer um detrimento qualquer, que for ofendido física ou moralmente, que for desrespeitado em seus direitos, que não obtiver tanto quanto foi avençado, certamente lançará mão da responsabilidade civil para ver-se ressarcido*” (Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 112).

Sobre o mesmo tema, valiosa é a lição de Carlos Alberto Bittar, para quem,

A teoria da responsabilidade civil relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes. Nesse sentido, a responsabilidade é o corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo fático, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações, que, quando contrários à ordem jurídica, geram-lhe no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, ao atingir componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem.” (Responsabilidade civil: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 2).

Com base na mesma premissa, Sílvio de Salvo Venosa leciona que “*o dever de indenizar vai repousar justamente no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito*” (Direito Civil - responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 22).

No que tange aos elementos edificantes do ato ilícito, asseveram Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que:

São elementos objetivos do ato ilícito absoluto: a) a existência de ato ou omissão (ato comissivo por omissão), antijurídico (violadores de direito sub-

jetivo absoluto ou de interesse legítimo); b) a ocorrência de um dano material ou moral; c) nexo de causalidade entre o ato ou a omissão e o dano. São elementos subjetivos do ato ilícito absoluto: a) a imputabilidade (capacidade para praticar a antijuridicidade); b) a culpa em sentido lato (abrangente do dolo e da culpa em sentido estrito) [...] (Código Civil Comentado - 6ª ed. rev. ampl. e atual. até 28 de março de 2008. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 733).

Em arremate, Maria Helena Diniz corrobora que:

[...] O ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano patrimonial ou moral a outrem, criando o dever de repará-lo (STJ, Súmula 37). Logo, o ilícito produz efeito jurídico, só que este não é desejado pelo agente, mas imposto pela lei. Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial e/ou moral, sendo que pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral decorrentes do mesmo fato; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. A obrigação de indenizar é a consequência jurídica do ato ilícito (CC, arts. 927 a 954) (Código Civil Comentado. Coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 157).

Logo, a responsabilização pressupõe a demonstração de uma conduta contrária ao direito - ato ilícito -, na qual se verifique a culpa ou dolo do agente, o nexo de causalidade entre esta conduta e o dano provocado a outrem, e a existência do próprio dano, conceituado por Fernando Noronha como o prejuízo “*que viole qualquer valor inerente à pessoa humana ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada*” (Direito das Obrigações. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 474).

No caso em toureiro, o substrato probatório é robusto no sentido de que, ao conceder entrevista à Sociedade Rádio Peperi Ltda., o vereador Raul Gransotto, de fato, expôs suas divergências com o sacerdote Domingos Luiz Costa Curta, destacando-se, de suas palavras - no que importa à solução da demanda -, o seguinte excerto:

[...] nosso colega Moacir Fiorini, levantou, ele que é sobrinho do Padre Aurélio, levantou na Câmara dos Vereadores para a gente construir um memorial na Gruta. O que é um Memorial? Um Memorial é um museu do Padre Aurélio. Porque um vereador, hoje, ele tem todos os pertences do Padre Aurélio e nós temos na nossa cidade uma grande aceitação ao Padre Aurélio. E o que ele queria fazer lá? Alguma coisa não megalomaniaca, que nem este padre está dizendo, esse senhor está dizendo. Mas alguma coisa para guardar estas relíquias, que todo o povo tivesse acesso, certo? Porque, vejamos bem: se a Igreja Católica é detentora lá da Gruta, ela não é pública, certo? Então, o que nós queríamos? Nós queríamos torná-la pública, para que todo o povo de São Miguel do Oeste tivesse acesso lá. Não derrubando árvores, que nem ele está falando, fazendo estes abaixo-assinados. Ele tentou fazer comigo abaixo-assinado no interior, dizendo que era uma vergonha eu ter voltado, que eu usei o meu poder econômico. Este “*imbecil*”, ele é adepto da Teologia da Libertação e esta Teologia da Libertação é partido único, ele quer a ditadura dele. Mandar é só ele que sabe. Então este senhor, para mim ele é totalmente condenável, ele é totalmente suspeito inclusive, né? Nós estamos preparando, deixando ele falar, inclusive, porque vai vir ações contra ele. Inclusive a minha, que eu estou preparando né? (fl. 92)

Explicitando aspectos da pretendida criação de um Memorial dedicado ao Padre Aurélio - que naquela paróquia atuou -, o então Presidente da Câmara de Vereadores salientou que parte da área onde estaria situada uma Gruta dedicada ao pároco, seria de domínio público, destacando que, ao contrário disso, a Igreja Católica teria o máximo interesse em assumir o domínio do local, contexto em que, voltando-se contra o seu desafeto, lançou a seguinte assertiva: “*eu acho que ele deve estar com inveja, porque jamais ele vai chegar aos calcanhares do Padre Aurélio*” (fl. 93).

Mais adiante, discorrendo acerca de um processo de cassação e, também, sobre determinado processo-crime eleitoral - cujas denúncias teriam sido capitaneadas pelo próprio padre Domingos Luiz Costa Curta -, o edil afirmou que:

[...] nós estamos coletando todas as testemunhas que ele achou, que foram enfáticas em dizer que ele foi na casa das pessoas, procurar estas testemunhas, e ele foi lá e nunca tinha ido. Por exemplo, tem um lá que avisou que ele nunca tinha ido na casa dele, e foi lá pedir pra ele testemunhar. Então ele é mau, entende? Eu não vou dizer as palavras aqui. Que um certo senhor me disse, que são pessoas do mal. Não posso aqui fazer minhas palavras, porque eu brigo com ele. Mas esta é uma pessoa que ela tem o mal no coração e a gente precisa extirpar esse mal deste senhor, principalmente tirando a filiação dele ou tirando ele da própria Mitra (fl. 93)

E a longa entrevista seguiu normalmente, despontando rumo a abordagem de temas outros, de interesse da coletividade e afetos à atividade parlamentar (fls. 91/96).

Posteriormente, abstendo-se de fazer uso direto do direito de resposta que lhe foi concedido pela emissora radiofônica, Domingos Luiz Costa Curta outorgou a defesa institucional ao padre Adair Tedesco, que conceituou as ponderações de Raul Gransotto como “*ataques dirigidos diretamente contra toda a Igreja Católica de São Miguel do Oeste*” (fl. 64), exaltando que “*esta tática de isolar o Padre Domingos é malévola e tem certamente segundas intenções, além de faltar com o respeito e as boas maneiras*”.

Acerca da ideologia do embargante, o padre Adair Tedesco reconheceu que Domingos Luiz Costa Curta é afiliado político do PT-Partido dos Trabalhadores, esclarecendo que a postura agressiva do edil possui como causa “*o medo de que o Padre Domingos se candidate a um futuro cargo na prefeitura*” (fl. 65).

Logo adiante, apesar de defender a liberdade de associação do pensamento a uma doutrina política, o padre Adair Tedesco reconheceu que “*o bom seria não ser filiado a partido nenhum*” (fl. 65).

De todo este cenário - confrontando a declarada intenção de Raul Gransotto em concorrer à chefia do poder executivo local (fl. 94), com a oposição política capitaneada pelo padre Domingos Luiz Costa Curta, incontroversamente filiado ao PT-Partido dos Trabalhadores -, concluo que os fatos versados não ensejam o pretendido direito à reparação pecuniária.

Ao contrário, contextualizam crítica pessoal a cidadão cujas idéias alinham-se a pensamento e atuação político-partidária antagônica, visto que, além de possivelmente confrontarem-se nas eleições subsequentes, ambos - entrevistado e seu oponente -, cultivavam inimizade nutrida pela atribuição de responsabilidade ao pároco por alegadas denúncias que culminaram, tanto em processo de cassação do mandato do edil, como em formalização de denúncia pela prática de ilícito criminal, perpassando por forte divergência quanto à construção de um Memorial de culto religioso.

Portanto, apesar de a entrevista estar marcada pelo tom crítico, estou convicto de que, em verdade, se trata de debate envolvendo duas proeminentes figuras públicas na sociedade de São Miguel do Oeste, situadas em posições de poder e ideologia absolutamente opostas e que, bem por isso, deveriam estar mais abertas ao recebimento de críticas à atuação pessoal, como assegura o art. 5º, inc. VI, da Constituição Federal, senão vejamos:

Em se tratando de agentes políticos, a revelação de determinados fatos não constitui ofensa à honra, na medida em que a proteção jurídica a essas pessoas esbarra no interesse de informação da coletividade.

A veiculação de notícia desabonadora só autoriza a responsabilização por eventuais danos de ordem moral quando evidenciado o intuito específico de agredir moralmente a vítima, pois, no mais, deve prevalecer o *animus narrandi*, imperativo do exercício regular de direito abrangido pelos órgãos informativos (Apelação Cível nº 2009.054069-7, de Joaçaba, rel. Des. Fernando Carioni, julgado em 15/12/2009).

Doutrinando sobre o tema, Antônio Jeová Santos preleciona que:

As pessoas que se tornam notórias, conhecidas pelo público em geral, normalmente atraem sobre si manifestações e juízos de valoração nem sempre favoráveis, por melhores que sejam tais pessoas.

No caso dos políticos, estão sujeitos de forma especial às críticas públicas, e é fundamental que se garanta não só ao povo em geral larga margem de fiscalização e censura de suas atividades, mas sobretudo à imprensa, ante a relevante utilidade pública da mesma.

Os políticos, quando detêm cargos eletivos, mandatários que são do povo, devem estar submetidos à permanente observação de seus atos como tais, motivo pelo qual, ressalvada a vida privada de cada um, cumpre-lhes conformarem-se como natural a própria atividade que exercem, como a veemência dos inconformismos daqueles que não sigam as mesmas orientações em tal campo.

[...] A notícia que envolve funcionários ou agentes públicos interessa não apenas para dar conhecimento do que se sabe, como também, igualmente, para criticar, pois a crítica, nesses casos, constitui em eficaz instrumento para controle dos atos de governo e para que a comunidade possa valorar e apreciar os assuntos de interesse geral provenientes daqueles que atuam na esfera do poder, é que a proteção à honra dos funcionários públicos esbarra nos elevados interesses da comunidade. A proteção a essas pessoas não deve ser observada com o mesmo rigor das pessoas simples, que não detêm nenhuma fração do poder (Dano moral indenizável. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 333).

Complementando, Oduvaldo Donnini e Rogério Ferraz Donnini salientam que:

A liberdade de expressão e de informação é um direito fundamental, sendo facultada a qualquer pessoa a livre manifestação do pensamento, opiniões e idéias, por intermédio de escritos, imagem, palavra ou qualquer outro meio, assim como o direito de informar ou receber informações. Nas sociedades democráticas essa garantia tem sido constante, visto que inexistente democracia sem a liberdade de expressão e informação (Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação a luz do novo código civil. São Paulo: Editora Método, 2002. p. 35).

Assim, o acolhimento do pleito recursal, a meu sentir, implica em censura à liberdade de manifestação do direito de crítica, desestabilizando ainda mais a já tumultuada relação entre os contendores.

Importante destacar que o fato de algumas passagens mostrarem-se mais ácidas, não pode ser interpretado de forma distanciada de todo o conteúdo da entrevista, que é marcada pela filiação doutrinária distinta, com críticas à forma de atuação política e religiosa do sacerdote, calcada em fatos bastante nítidos e pontuais, de modo que, face a tais elementos, incumbia a cada ouvinte formar seu próprio juízo acerca dos fatos.

Aliás, conquanto assegure nem mesmo conhecer o edil, o pároco embargante não nega que contra ele tenha distribuído abaixo-assinados na comunidade, e, tampouco, que tenha formalizado denúncia eleitoral, agindo de forma a reunir provas capazes de motivar a cassação do mandato do embargado.

Portanto, com reverência em sinal de mesura ao voto lavrado pelo Desembargador Eduardo Mattos Gallo Júnior, entendo mais consentânea a conclusão do Desembargador Paulo Roberto Camargo Costa, no sentido de que:

[...] ali não vejo destacada a figura do sacerdote, mas do filiado ao Partido dos Trabalhadores, ainda que sacerdote, adversário político do Autor, inclusive quanto à querela Memorial ao Padre Aurélio. Tudo agravado pela circunstância de que teria o Autor contribuído, com atuação contra o Apelante, na “ação que tentou cassar seu mandato” de Vereador à Câmara Municipal de São Miguel do Oeste, como noticiado no jornal Gazeta Catarinense (fl. 68).

Em situação símile, não reconheceu a Quinta Câmara de Direito Civil, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ofensa hábil a ensejar responsabilidade civil, consubstanciada em dano moral por reconhecer que entrevista desse jaez “*foi concedida em um contexto de evidente animosidade entre as partes, declaradamente pertencente a grupos políticos rivais e que vinham nutrido sérias desavenças, no mínimo, desde a última eleição municipal*” (Apelação Cível nº 70028538221, Quinta Câmara Cível, Relator Des. Leo Lima, julgado em 15.07.2009).

E complementa, “*É nesse contexto que não se verifica, na entrevista concedida pelo réu, acusações ou ofensas que possam ter causado dor, vexame, sofrimento ou humilhação capaz de atingir a dignidade do demandante, a ponto de interferir em sua esfera psicológica. Especialmente, por não se tratar de um fato isolado, mas que está atrelado a uma animosidade antiga e a uma ofensa anterior*” (fls. 421/422).

Em casos tais, dos julgados de nossa Corte amealho que:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. NOTÍCIA PUBLICADA EM PERIÓDICO DE CIRCULAÇÃO LOCAL. PREFEITO MUNICIPAL. CRÍTICAS E IMPUTAÇÕES SOBRE A VIDA POLÍTICA DO AGENTE. MÍNGUA PROBATÓRIA A SUSTENTAR QUE FORAM DIVULGADOS TERMOS OFENSIVOS. MERA CRÍTICA AO TRABALHO DO AGENTE POLÍTICO. OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA REFUTADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. “*Embora possam por vezes revelarem-se ásperas, duras e desagradáveis para as pessoas às quais fazem referência, as publicações jornalísticas e as entrevistas prestadas em programa radiofônico de cunho eminentemente político são, em regra, motivadas pelos constantes desenten-*

dimentos ideológicos e partidários entre os membros integrantes do Legislativo e do Executivo, comuns, portanto, nesta seara, em todo o país e, não necessariamente, extrapolam os limites da crítica e do direito de informação de questões atinentes aos interesses da comunidade. Ademais, é cediço que o homem público é foco de atenções de todos os seguimentos da sociedade (correligionários, adversários políticos e eleitores em geral) e, por razões óbvias e elementares, estão sujeitos a críticas em face de sua atuação no exercício da função inerente ao cargo ocupado. Nesse contexto, a publicação perante a imprensa local de severas críticas contra adversários políticos de notório conhecimento da população do município (ex-prefeitos) não caracteriza ofensa concreta à sua honra, imagem ou reputação capaz de gerar o dever de reparação dos danos morais causados” (TJSC, Ap. Cív. n. 2004.018355-0, de Criciúma, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. em 16-4-2010). (TJSC, Apelação Cível n. 2013.043129-8, de São José, rel. Des. Fernando Carioni, j. 23/07/2013).

Notadamente:

DANOS MORAIS. INJÚRIA E DIFAMAÇÃO. DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS QUE ATENTAM CONTRA A HONRA E A IMAGEM DO APELANTE. MATÉRIAS QUE CRITICAM A ATUAÇÃO DO AUTOR NA ATRIBUIÇÃO DO CARGO DE CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. EMPRESA JORNALÍSTICA QUE ATUOU NOS LIMITES DO DIREITO À CRÍTICA E À INFORMAÇÃO. ATO ILÍCITO NÃO EVIDENCIADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECLAMO DESPROVIDO. 1 A liberdade de imprensa é, inegavelmente, um direito inalienável de todos aqueles que operam sistemas de informações, consistindo tal direito em uma das mais relevantes garantias constitucionais, como verdadeiro pilar que é do próprio Estado democrático de direito. Não pode ele, entretanto, ser exercido de forma abusiva e inconseqüente, entrando em ostensiva colisão com os direitos da personalidade, como o são a honra, a imagem e a vida privada, direitos esses da mesma forma protegidos constitucionalmente. Se exercitado tal direito de modo prudente e sem abusos, dentro dos limites da informação e evidenciado o nítido interesse social, não há qualquer ato ilícito ensejador de indenização por

danos morais, ainda que contenha a informação críticas acirradas ao praticante do ato noticiado. 2 As pessoas públicas estão mais expostas a receberem críticas, cobranças e comentários através dos meios de comunicação, especialmente quando exercem cargos de grande responsabilidade, como o de Prefeito Municipal. Dessa forma, só haverá dano passível de reparação quando a crítica não estiver ligada à matéria noticiada, ficando evidente o intuito único de atingir a honra e imagem do homem público. (Apelação Cível n. 2013.041930-2, de Palhoça, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 29/08/2013).

Nessa senda, haja vista a ausência de conduta contrária ao direito por parte de Raul Gransotto, bem como de qualquer dano à personalidade do pároco Domingos Luiz Costa Curta pelas críticas à sua atuação político-partidária, e pontuando que tal como a figura política, também os sacerdotes - especialmente quando dedicados à filosofia partidária -, pela sua posição de destaque, influência e liderança, estão sujeitos às manifestações contrárias aos seus atos, votos e declarações, não constato preenchidos os requisitos essenciais para a configuração do ato ilícito e do conseqüente dever de indenizar.

Aliás, à margem da solução da contenda, entendo pertinente registrar que, primordialmente atento e dedicado que é ao seu ofício clerical - apesar de não se lhe poder censurar a militância político-partidária -, Domingos Luiz Costa Curta tem a importante oportunidade de mostrar-se grandioso, posicionado-se além das querelas próprias da disputa terreal pelo poder, aplicando na prática a doutrina da CNBB-Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, bem versada em artigo de lavra de Dom José Alberto Moura, Arcebispo de Montes Claros-MG:

A malícia de determinados homens foi checada por Jesus. A pecadora pega em adultério foi salva por Jesus, que desafiou os que a queriam apedrejar. Eles não eram santos, como alguns fariseus que desejam condenar os outros e são os maiores pecadores.

Outra mulher também tida como pecadora foi lavar os pés de Jesus com suas lágrimas e passar neles perfume. Jesus perdoou seus muitos pecados, vendo seu profundo arrependimento. Deu a lição de que a misericórdia vem de Deus em socorro pelo amor da pessoa que manifesta amor (Cf. Lucas 7,36 ss).

Há homens que traem as esposas e se colocam como pessoas bondosas na sociedade. Há os que traem a comunidade, não sendo fiéis à sua função pela qual foram escolhidos a servirem a quem lhes deu o mandato, seja em determinadas corporações, sejam em grupos de trabalho, ou na política e outros. Não têm a consciência de sua grandeza moral e de caráter para serem fiéis na sua dignidade humana, ética, social e até religiosa. Poderiam aprender com quem reconhece seu erro e mudam de vida, como as mulheres perdoadas por Jesus. A misericórdia leva à correção, como o próprio Mestre disse: *“Ninguém te condenou?... Eu também não te condeno. Vai em paz, mas não peques mais”* (Jó 8, 10.11).

Numa sociedade de muita competição, de busca de prestígio a qualquer custo, de mentiras e ódios, há sempre o lugar da ternura, da compaixão, da doação generosa de muitos para ajudar as pessoas a se erguerem de sua vida sem sentido. As pessoas mais felizes são as que são senhoras de si, com o uso do equilíbrio de seu potencial em relação à sua missão, assumida com a consciência do bem prestado ao semelhante. Elas superam a visão do ter as coisas materiais, os prazeres e o prestígio para assumirem a prática do ser quem mais dá de si pela promoção da vida e da dignidade do outro e de toda a sociedade. Não medem esforços para ajudarem as pessoas a recuperarem o valor da vida como prática da convivência realmente humana, em que haja cooperação de cada um para tornar mais adequada a vida de sentido para todos. O perdão é parte essencial para as pessoas se recomponem na convivência cidadã. Ao contrário, só haverá revanchismo, autoritarismo e a vigência da lei do mais forte, que fazem sobrepujar a força bruta de quem não sabe usar a força do amor, da compaixão e do altruísmo.

Nossa própria fé em Cristo é baseada na ação gratuita de Deus, que no-la presenteia, sem a merecermos, para termos condição de vida e salvação. Assim também toda a nossa vida e nossas oportunidades são dons divinos. Por que não usarmos tudo para realizarmos a misericórdia e a prodigalidade com o semelhante? Na parábola do homem que devia muito e foi perdoado, temos a

grande questão colocada por Jesus: Se ele perdoou, o empregado não deveria também perdoar quem lhe devia muito menos do que ele em relação ao seu credor? (Cf. Mateus 18.33).

Na oração Jesus coloca a condição: “*Perdoai-nos as nossas ofensas assim como nós perdoamos a quem nos ofendeu*” (6,12). O perdão é a fonte da humanização. Sem ele só se pensa em progresso e riqueza pessoal sem hipoteca da verdadeira convivência humana digna (disponível em <<http://www.cnbb.org.br/articulas/2012/08/12/12192-o-perdao->> acesso nesta data).

À margem de tal doutrina, mantendo a indispensável laicidade no exercício de minha condição de julgador, concluo que ao ultrapassar os limites de sua condição de sacerdote, embrenhando-se na defesa de causas afetas à militância político-partidária - empreendendo atuação contrária à vertente/atuação ideológica defendida pelo edil Raul Gransotto -, o padre Domingos Luiz Costa Curta acabou dando ensejo ao debate político, não podendo dizer-se atingido pela crítica contra si próprio endereçada pelo oponente.

Há ainda que considerar que a Sociedade Rádio Peperi Ltda. garantiu-lhe idêntico espaço na tribuna para a defesa de sua visão acerca dos fatos, o que foi levado a efeito por outro clérigo, que foi igualmente ácido ao aduzir que “*esta tática de isolar o Padre Domingos é malévola e tem certamente segundas intenções, além de faltar com o respeito e as boas maneiras*” (fl. 64 - grifei).

Dessarte, não aferindo estarem reunidos os pressupostos tipificadores da responsabilidade civil indenizatória, alinho-me com o inteiro teor da fundamentação do voto vencedor, pronunciando-me pelo conhecimento e desprovidimento da insurgência, mantendo intato o acórdão de julgamento da apelação verberada.

É como penso. É como voto.

Declaração de voto vencido do Excelentíssimo Senhor Desembargador Joel Dias Figueira Júnior

Dispõe o art. 151, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal que “os desembargadores vencidos, no todo ou em parte, declararão que o foram, e deverão justificar os seus votos, nos julgamentos que possam ensejar embargos infringentes”.

Assim, não sendo esse o caso dos presentes autos, abstenho-me de lavrar declaração de voto vencido.

Florianópolis, 14 de abril de 2014.

Joel Dias Figueira Júnior

DESEMBARGADOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Raulino Jacó Brüning

Não sendo o caso estabelecido no art. 151, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal, abstenho-me de lavrar declaração de voto vencido.

Florianópolis, 05 de maio de 2014.

Raulino Jacó Brüning

DESEMBARGADOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Victor Ferreira

EMENTA ADITIVA

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OFENSA EM ENTREVISTA A PROGRAMA DE RÁDIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA POR MAIORIA DE VOTOS EM APELAÇÃO. ACÓRDÃO MANTIDO, POR VOTAÇÃO NÃO UNÂNIME.

VOTO VENCIDO. EXPRESSÕES GROSSEIRAS E QUE TRANSBORDARAM O CAMPO DO EMBATE POLÍTICO-IDEOLÓGICO. DESQUALIFICAÇÃO PESSOAL DO ADVERSÁRIO. OFENSA À HONRA OBJETIVA CARACTERIZADA, NESTE CASO. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO.

Divergi da doutra maioria por entender que, no caso, a conduta de Raul Gransotto ofendeu, sim, Domingos Luiz Costa Curta, a ponto de causar-lhe abalo à honra objetiva.

Raul acostou a degravação de sua entrevista, veiculada pela rádio local Peperi, na qual declarou, a respeito do Embargante: “Este imbecil, ele é adepto da Teologia da Libertação e esta Teologia da Libertação é partido único, ele quer a ditadura dele [...]”. Adiante acrescentou: “é uma pessoa que ela tem o mau (*sic*) no coração e a gente precisa extirpar este mau (*sic*) deste senhor, principalmente tirando a filiação dele ou tirando ele da própria Mitra” (fls. 91 e 93, sublinhei).

Nesse sentir, ainda que vivenciando caloroso embate político com o adversário, forçoso reconhecer que as declarações de Raul em relação a Domingos ultrapassaram a mera discordância ideológico-partidária, pois vieram a público de modo grosseiro e com nítido intuito de dar amplitude a juízo negativo que fazia da pessoa do Embargante.

Em especial, a palavra “*imbecil*” bem poderia ter sido evitada, sobretudo em público. Como bem apontou o Magistrado *a quo*, Ezequiel Rodrigo Garcia, é indiscutível que tal vocábulo, em sua acepção formal ou popular, denota xingamento e desqualificação que atinge diretamente a honra e a dignidade.

Dizer, também, que um religioso tem o mal no coração sem dúvida o denigre perante os fiéis.

O abalo, portanto, é passível de indenização, nos termos dos arts. 5º, X, da Constituição da República e 186 do Código Civil.

Por tais razões, votei por se conhecer dos Infringentes, a fim de se restabelecer a sentença em todos os seus termos.

Florianópolis, 6 de maio de 2014.

Victor Ferreira

DESEMBARGADOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato

Acompanho, integralmente, o voto proferido pelo Eminentíssimo Desembargador Victor Ferreira, razão pela qual adoto as conclusões de Sua Excelência como razão de decidir.

Marcus Tulio Sartorato

DESEMBARGADOR

Declaração de voto vencido da Exma. Sra. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Ousei divergir da douta maioria pelos mesmos fundamentos declinados pelo Exmo. Sr. Des. Victor Ferreira.

Florianópolis, 8 de maio de 2014.

Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Henry Petry Junior
Divergi da maioria em razão dos fundamentos já apresentados no voto do ilustre Des. Victor Ferreira, ao qual me reporto.

Florianópolis, 12 de maio de 2014.

Henry Petry Junior

DESEMBARGADOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. João Batista Góes Ulysséa

Com a devida venia, ousei divergir da douta maioria pelas mesmas razões expostas pelo eminente Des. Victor Ferreira, que bem examinou as matérias que foram objeto do recurso.

Essas foram as razões do meu dissenso.

Florianópolis, 13 de maio de 2014.

João Batista Góes Ulysséa

DESEMBARGADOR

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2012.067211-4, de Criciúma

Relator: Des. Raulino Jacó Brüning

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. DECISÃO DEFERINDO A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RECURSO DE SÓCIO. 1. PLEITO DE DEFERIMENTO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. DOCUMENTO COLACIONADO AOS AUTOS DEMONSTRANDO O RECOLHIMENTO DE PREPARO. PEDIDO NÃO CONHECIDO. 2. CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR FALTA DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. POSTERIOR PUBLICAÇÃO DANDO CIÊNCIA À SOCIEDADE EMPRESÁRIA. OUTROSSIM, ADVOGADO QUE RETIRA AUTOS EM CARGA, PRESUMINDO-SE SEU CONHECIMENTO, ATÉ PORQUE INTERPÔS O PRESENTE RECURSO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRELIMINAR AFASTADA. 3. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ENCERRAMENTO IRREGULAR. FIM DAS ATIVIDADES SEM QUE FOSSEM SEGUIDOS OS DITAMES DOS ARTIGOS 46, 51 E 1.102 A 1.112 DO CÓDIGO CIVIL. ABUSO DE PERSONALIDADE JURÍDICA E DESVIO DE FINALIDADES DA EMPRESA EVIDENCIADOS. CONFUSÃO PATRIMONIAL CAUSADA PELA FALTA DE LIQUIDAÇÃO DOS BENS. DESCUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. 4. RECURSO EM PARTE CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2012.067211-4, da Comarca de Criciúma (1ª Vara Cível), em que é agravante Elias Bacha Filho e agravado Espólio de Arpi Luigi Bertollo

Repr. p/ inventariante Antonieta Bonotto Bertollo:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer em parte do recurso, mas lhe negar provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 22 de maio de 2014, foi presidido por este relator e dele participaram os Desembargadores Sebastião César Evangelista e Gerson Cherem II.

Florianópolis, 22 de maio de 2014.

Raulino Jacó Brüning

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca de Criciúma, Espólio de Arpi Luigi Bertolo ajuizou execução por quantia certa contra Mont Serrat Veículos Ltda., pretendendo a cobrança da quantia de R\$547.465,44 (quinhentos e quarenta e sete mil quatrocentos e sessenta e cinco reais e quarenta e quatro centavos), atualizada até 19/10/2010, estampada em título executivo extrajudicial. Ressalta-se que o valor apontado, atualmente, ultrapassa R\$670.000,00 (seiscentos e setenta mil reais).

Processado o feito e determinada a penhora de bens da parte executada, esta ofereceu um imóvel, o qual fora avaliado em montante inferior ao débito perquirido na demanda, qual seja, R\$550.000,00 (quinhentos e cinquenta mil reais), ressalvando o perito judicial a possibilidade de variação entre R\$470.000,00 (quatrocentos e setenta mil reais) e R\$635.000,00 (seiscentos e trinta e cinco mil reais) (fl. 58).

Insatisfeito, o credor protocolou petição requerendo a desconsideração da personalidade jurídica da devedora, ao argumento de que há indícios de encerramento irregular da sociedade empresária, bem como

apontou que esta não demonstrou interesse em quitar a dívida, tendo oferecido bem à penhora de valor insuficiente (fls. 81/91).

O Magistrado *a quo* determinou a intimação da executada para se manifestar a respeito do pedido efetuado nos autos, bem como indicar outros bens passíveis de penhora (fl. 100). Em resposta, a devedora afirmou ser temerária a desconsideração da personalidade jurídica, ao argumento de que a alienação judicial do imóvel poderia ocorrer por valor superior ao da avaliação, como também da dívida (fl. 104).

O Togado singular deferiu o pleito de desconsideração da personalidade jurídica da ré, determinando a inclusão dos sócios Carlos Alberto Barata e Elias Bacha Filho no polo passivo da lide (fl. 105).

A sociedade empresária requerida alegou, por meio da petição de fls. 139/141, ocorrência de cerceamento de defesa, porquanto não fora intimada da decisão retro – que deferiu a desconsideração da personalidade jurídica – requerendo o reconhecimento da nulidade de todos os atos processuais subsequentes.

Contudo, o Juiz da origem entendeu pela inexistência de vício, conforme segue:

Ante a petição a folhas 314/318, destaco que não gera nulidade absoluta a falta de intimação do primeiro executado acerca da decisão que desconsiderou sua personalidade jurídica, pois se trata de defeito passível de ser sanado.

Assim, intime-se o primeiro executado acerca da decisão a folhas 281.

Inconformado, o sócio Elias Bacha Filho interpõe o presente agravo de instrumento contra a decisão retro, bem como contra o interlocutório que determinou a desconsideração da pessoa jurídica.

Nas suas razões recursais, sustenta, em preliminar, cerceamento de defesa por ausência de intimação do *decisum*. No mérito, aponta que o encerramento irregular da sociedade empresária e a inexistência de bens aptos a garantir a execução não autorizam a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, a qual é medida excepcional, pelo que requer efeito suspensivo e o provimento do recurso para reformar a decisão. Por fim, pugnou pelo benefício da gratuidade judiciária (fls. 02/14).

A colenda Câmara Civil Especial deferiu o efeito almejado (fls. 153/155) e a parte adversa não apresentou contraminuta (fl. 159).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo (fls. 02 e 15) e houve recolhimento do preparo (fls. 167/168).

1. Benefício da justiça gratuita

O pleito do recorrente referente à *benesse* em apreço resta prejudicado, porquanto instado a apresentar a documentação hábil a comprovar sua condição de hipossuficiente (fl. 161) o agravante carreou aos autos o comprovante de recolhimento do preparo (fls. 167/168), configurando ato incompatível com a pretensão recursal, o que enseja o seu não conhecimento.

Isso porque incide na espécie o art. 503 do Código de Processo Civil, que determina: “*a parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer. Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer*”.

Este Tribunal de Justiça assim se manifesta sobre o tema:

AÇÃO REIVINDICATÓRIA. SENTENÇA EXTINTIVA PROLATADA COM BASE NO ARTIGO 267, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. *PLEITO DE JUSTIÇA GRATUITA. RECOLHIMENTO DO PREPARO RECURSAL. ATO INCOMPATÍVEL. PRECLUSÃO LÓGICA. RECLAMO NÃO CONHECIDO NO PONTO.* [...] Não há conhecer do requerimento de assistência judiciária, uma vez que junto ao reclamo é recolhido preparo, operando-se, dessa forma, a preclusão lógica, o que impossibilita a concessão do benefício (TJSC, Apelação Cível n. 2012.001465-9, de Balneário Camboriú. Relator: Des. Jaime Luiz Vicari. Data: 06/06/2012).

No mesmo sentido: TJSC, Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento n. 2011.021425-6, de Criciúma. Relator: Des. Saul Steil. Data: 15/09/2011.

Destarte, não se conhece do pedido de gratuidade da justiça.

2. Cerceamento de defesa

Argumenta o sócio executado a nulidade da decisão agravada, porque inexistente sua respectiva intimação, bem como da sociedade empresária devedora. Todavia, improcede a prefacial.

Em pesquisa ao sítio do Tribunal de Justiça, constatou-se que a publicação do referido *decisum* foi feita tão somente em nome dos seguintes procuradores: Eliane Maria Copetti (OAB 007.187/SC) e Giovanni Bertollo Búrigo (OAB 025.852/SC), os quais representam, respectivamente, o executado Carlos Alberto Barata e o credor. O causídico nomeado pela sociedade empresária, que também é advogado do ora agravante, de fato, não fora intimado daquele interlocutório naquela oportunidade.

No entanto, tal ausência não enseja a nulidade da decisão e dos atos processuais subsequentes, porquanto inexistente qualquer prejuízo à Mont Serrat Veículos Ltda. e ao recorrente. Isso porque o Juiz singular determinou, posteriormente, a intimação da parte devedora acerca daquele *decisum* (que desconsiderou a personalidade jurídica).

Ademais, consoante se deduz dos autos, o procurador da sociedade empresária e do sócio Elias Bacha Filho, o Sr. Leonardo Boff Bacha, retirou os autos em carga em 29/08/2012 (fl. 147-verso), presumindo-se, portanto, que tomou ciência do interlocutório, tanto que apresentou o presente recurso, o qual fora devidamente conhecido.

É cediço que, em tema de nulidade processual, mister a averiguação da existência de prejuízo às partes, sob pena de alongar-se demandas sob o escólio procedimental, esquivando-se da entrega jurisdicional, o que afronta o princípio constitucional do acesso à justiça em toda a sua extensão.

Sobre a necessidade de prejuízo para invalidade de ato processual, leciona o brilhante doutrinador Fredie Didier Jr.:

A invalidade processual é sanção que somente pode ser aplicada se houver a conjugação do defeito do ato processual (pouco importa a gravidade do defeito) com a existência de prejuízo. *Não há nulidade processual sem prejuízo (pas de nullité sans grief)*. A invalidade processual é sanção que decorre da incidência de regra jurídica sobre um suporte fático composto: defeito + prejuízo.

Há *prejuízo* sempre que o defeito impedir que o ato atinja a sua finalidade. Em qualquer caso. Sempre – mesmo quando se trate de nulidade cominada em lei, como aquela decorrente da constatação de que uma decisão fora proferida por juízo absolutamente incompetente (art. 113, §2º, CPC), ou as chamadas *nulidades absolutas*. (DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: volume 1*. 13. ed. Salvador: Editora Jus Podvim, 2011, p. 281).

Logo, afasta-se a preliminar arguida.

3. Desconsideração da personalidade jurídica

Pela Teoria da *Disregard of legal entity*, não se anula a personali-

dade jurídica, “*mas apenas a declaração de sua eficácia para determinado efeito, no caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude)*”. (REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 803, p. 754, set. 2002)

Essa construção doutrinária foi sendo positivada em diversas leis do ordenamento jurídico brasileiro, passando a fazer parte do Código Civil de 2002:

Artigo 50. Em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Para que se decrete a desconsideração, é necessário demonstrar o abuso, a fraude ou a confusão patrimonial.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa:

[...] quando a pessoa jurídica, ou melhor, a personalidade jurídica for utilizada para fugir a suas finalidades, para lesar terceiros, deve ser desconsiderada, isto é, não deve ser levada em conta a personalidade técnica, não deve ser tomada em consideração sua existência, decidindo o julgador como se o ato ou negócio houvesse sido praticado pela pessoa natural (ou outra pessoa jurídica). Na realidade, nessas hipóteses, a pessoa natural procura um escudo de legitimidade na realidade técnica da pessoa jurídica, mas o ato é fraudulento e ilegítimo. Imputa-se responsabilidade aos sócios e membros integrantes da pessoa jurídica que procuram burlar a lei ou lesar terceiros. (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 289)

Mais e mais veem-se casos em que pessoas inescrupulosas fazem uso da sociedade comercial de maneira irresponsável. Contraem dívidas sem a menor atenção ao mezinho princípio da boa-fé, simplesmente porque confiam que seus credores não conseguirão haver o crédito. No momento em que a situação se torna insustentável, os sócios desaparecem. Levam consigo maquinário, matéria-prima e estoques. Fecham as portas da empresa sem pagar as dívidas e sequer contabilizar direitos e deveres existentes.

Por esse motivo, decorrendo falta de regularidade no encerramento das atividades da empresa, necessário que se afaste o véu de personalidade jurídica. Ensina Flávio Tartuce:

[...] o encerramento irregular é exemplo típico de abuso da personalidade jurídica, particularmente de desvio de finalidade da empresa [...]. (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 9. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 252)

Contudo, não se trata de mero desleixo por parte das sociedades, mas de verdadeiro descumprimento de comando legal. Isso porque, ao estabelecer formalidades de liquidação, e conseqüente encerramento da empresa, a legislação quis também proteger os credores.

O Código Civil dispõe sobre a dissolução das associações em seus artigos 46, 51 e 1.102 a 1.112. Evidenciam-se nesses dispositivos o dever de definir as condições de encerramento e o destino do patrimônio da pessoa jurídica (artigo 46, VI, CC), a necessidade de determinar o valor dos bens (artigo 51, CC) e o modo como se fará o acerto de créditos e débitos (artigos 1.102 a 1.112), justamente para não lesar credores.

Assim o é porque o término das sociedades empresárias compreende períodos distintos: a) um momento em que se paralisam todas as

atividades externas da sociedade (dissolução); b) outro em que a sociedade realiza o seu ativo e liquida o passivo, ou seja, transforma todo o seu patrimônio em dinheiro e satisfaz os compromissos assumidos (liquidação); e c) o final, quando se faz a distribuição entre os sócios dos lucros obtidos pela sociedade (partilha).

Oportuno salientar que há na liquidação “[...] *uma função de fiscalização da gestão anterior, a ser exercida pelo liquidante, não prevista expressamente na lei, mas naturalmente decorrente do exercício de suas funções*”. (NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 903)

Ao não proceder consoante determina a lei, o agravante distribuiu o patrimônio da empresa de modo ilegítimo, dando-lhe destinação irregular. Afinal, qual fim foi dado ao maquinário, produtos em estoque e mobiliário que possuía? À falta de elementos probantes da destinação desse bens, há de se supor que foram distribuídos entre os sócios.

Assevera a doutrina:

Quando os sócios de uma sociedade abandonam a empresa (ou transferem os seus bens para outras pessoas jurídicas) e não cuidam para que ocorra a liquidação regular da sociedade, podem cometer abuso do direito por desvio de função. O abuso, no caso, advém da falta de observância do dever de diligência por deixar de adotar as providências operacionais e legais necessárias à liquidação da sociedade”. (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil*. São Paulo: MP editora, 2005, p. 120)

Evidencia-se, com isso, que a falta de encerramento formal das atividades da sociedade empresarial gerou confusão patrimonial entre os bens desta e os de seus integrantes: tudo ficou com os sócios.

Vislumbra-se, assim, que os sócios utilizaram-se da autonomia patrimonial de que goza a pessoa jurídica para maquirar uma forma de não reparar o dano provocado, cientes, provavelmente, de que a indenização devida por sua empresa, a princípio, não poderia ser cobrada diretamente de suas pessoas naturais. O agravante deixou de agir com base na boa-fé negocial.

Não pode o Poder Judiciário condescender com cidadãos que, em atos de flagrante vilania, acumulam dívidas em nome da pessoa jurídica de que são sócios para depois sumirem. Fecham as portas do empreendimento da noite para o dia, deixando credores sem ter como buscar seus direitos.

Felizmente, foi-se o tempo em que ser devedor era arriscado. Conta a história que poderia até se tornar escravo, ou perder a vida, caso não pagasse a dívida. Na atualidade, contudo, é o detentor de crédito quem fica nas mãos daquele que deve. Primeiro enfrenta uma longa batalha pelo reconhecimento do direito creditório. Depois, não encontra bens em nome da empresa devedora. Isso quando consegue localizá-la.

Qual estímulo terá o bom pagador, que adimple na data correta, que se esforça para dar satisfação ao credor, se vê a conduta dos maus devedores sendo acatada pelo Estado?

Por isso, a dissolução irregular das sociedades, que gera confusão patrimonial, acarreta na possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica.

Para Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery:

Dissolução irregular. Encerradas as atividades da sociedade por cotas de responsabilidade limitada mediante simples encerramento das atividades, desobedecidos os preceitos legais de dissolução das sociedades em geral, seus sócios têm legitimidade concorrente para figurar no polo passivo da ação

intentada contra ela (RT 781/295). (NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 883)

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL E COMERCIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DIREITO POTESTATIVO QUE NÃO SE EXTINGUE PELO NÃO-USO. PRAZO PRESCRICIONAL REFERENTE À RETIRADA DE SÓCIO DA SOCIEDADE. NÃO APLICAÇÃO. INSTITUTOS DIVERSOS. REQUISITOS PARA A DESCONSIDERAÇÃO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. A desconsideração da personalidade jurídica é técnica consistente na ineficácia relativa da própria pessoa jurídica - *rectius*, ineficácia do contrato ou estatuto social da empresa -, frente a credores cujos direitos não são satisfeitos, mercê da autonomia patrimonial criada pelos atos constitutivos da sociedade.
2. Ao se pleitear a superação da pessoa jurídica, depois de verificado o preenchimento dos requisitos autorizadores da medida, é exercido verdadeiro direito potestativo de ingerência na esfera jurídica de terceiros - da sociedade e dos sócios -, os quais, inicialmente, pactuaram pela separação patrimonial.
3. Correspondendo a direito potestativo, sujeito a prazo decadencial, para cujo exercício a lei não previu prazo especial, prevalece a regra geral da inextinguibilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não-uso. Assim, à míngua de previsão legal, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, quando preenchidos os requisitos da medida, poderá ser realizado a qualquer tempo.
4. Descabe, por ampliação ou analogia, sem qualquer previsão legal, trazer para a desconsideração da personalidade jurídica os prazos prescricionais previstos para os casos de retirada de sócio da sociedade (arts. 1003, 1.032 e 1.057 do Código Civil), uma vez que institutos diversos.
5. *“Do encerramento irregular da empresa presume-se o abuso da personali-*

dade jurídica, seja pelo desvio de finalidade, seja pela confusão patrimonial, apto a embasar o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, para se buscar o patrimônio individual de seu sócio” (REsp 1259066/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 28/06/2012).

6. *Reconhecendo o acórdão recorrido que a ex-sócia, ora recorrente, praticou atos que culminaram no encerramento irregular da empresa, com desvio de finalidade e no esvaziamento patrimonial, a revisão deste entendimento demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial ante o óbice da Súmula 7/STJ.*

7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. (STJ, Recurso Especial 1312591/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 11-06-2013) (grifou-se)

Em outra oportunidade o Superior Tribunal de Justiça consignou:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. [...] CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. OCORRÊNCIA. REVISÃO. SÚMULA Nº 7/STJ.

[...]

4. Ainda que tivesse sido prequestionado o art. 472 do CPC, *in casu*, o deferimento da desconsideração da pessoa jurídica se deu em sede de execução da sentença proferida nos autos de indenização em virtude de acidente automobilístico envolvendo as partes litigantes ocorrido em 9.4.1991, e, portanto, em momento anterior ao noticiado desligamento da sócia, reconhecido por sentença trânsita, ocorrido em 8.10.1991.

5. A desconsideração da personalidade jurídica, com a consequente invasão no patrimônio dos sócios para fins de satisfação de débitos da empresa, é medida de caráter excepcional sendo apenas admitida em caso de evidente caracterização de desvio de finalidade, confusão patrimonial ou, ainda, conforme reconhecido por esta Corte Superior, nas hipóteses de dissolução irregular sem a devida baixa na junta comercial (Precedentes: REsp 1.169.175/

DF, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 17/2/2011, DJe 4/4/2011; AgRg no Ag 867.798/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/10/2010, DJe 3/11/2010)

6. *Evidenciada a dissolução irregular da empresa, matéria cuja revisão revela-se inviável em sede de recurso especial tendo em vista o óbice da Súmula nº 7/STJ, merece ser mantido o redirecionamento.*

7. Agravo regimental não provido. (STJ, Agravo Regimental no Agravo 668.190/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 13-09-2011, DJe 16/09/2011) (grifo acrescido)

Também:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. VIABILIDADE. ART. 50 DO CC/02.

1. A desconsideração da personalidade jurídica é admitida em situações excepcionais, devendo as instâncias ordinárias, fundamentadamente, concluir pela ocorrência do desvio de sua finalidade ou confusão patrimonial desta com a de seus sócios, requisitos objetivos sem os quais a medida torna-se incabível.

2. Do encerramento irregular da empresa presume-se o abuso da personalidade jurídica, seja pelo desvio de finalidade, seja pela confusão patrimonial, apto a embasar o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, para se buscar o patrimônio individual de seu sócio.

3. Recurso especial não provido. (STJ, Recurso Especial 1.259.066 – SP, rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 19-06-2012)

Em semelhante diapasão, decidiu este Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PESSOA JURÍDICA. CONFUSÃO PATRIMONIAL. OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO DOS PREJUÍZOS ENFRENTADOS PELO CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DECISÃO IRREPROCHÁVEL. RECURSO DESPROVIDO. “A capacidade imaginativa do ser humano, muitas vezes utilizada para praticar o bem, de outras é gasta na operação de todo tipo de fraude e enganação. Com a criação da ficção da pessoa jurídica separaram-se rigidamente as pessoas dos sócios da personalidade jurídica da pessoa jurídica. O direito formal, como devia sê-lo no caso, sempre deixou patente a hirta separação existente, inclusive no que respeitava à assunção de responsabilidades, a formação do patrimônio etc. Acontece que o indivíduo, que não é inocente, passou a usar sua capacidade de criação para acobertar sob o manto formal da pessoa jurídica toda sorte de práticas abusivas e ilícitas. O direito não podia ficar à margem desse processo, observando a clara manipulação praticada pelos detentores do poder nas pessoas jurídicas, que as estavam utilizando de maneira desviada. Por isso, aos poucos passou a aceitar que, em casos especiais, a figura da pessoa jurídica fosse desconsiderada para que se pudesse alcançar a pessoa do sócio e seu patrimônio” (doutrina). *Aplicável a teoria da desconsideração da personalidade jurídica quando comprovada a confusão patrimonial decorrente do abuso da personalidade jurídica a gerar obstáculo no ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor.* (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.046998-8, de Blumenau, rel. Des. Fernando Carioni, j. 28-08-2012) (grifo acrescido)

Ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERE PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. [...]. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - POSSIBILIDADE - REQUISITOS DO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL PREENCHIDOS - ABUSO DA PERSONALIDADE CARACTERIZADO CONFORME PROVA DOCUMENTAL SÓLIDA - ENCERRAMENTO IRREGULAR DA FIRMA NA QUAL A AGRAVANTE ERA SÓCIA MAJORITÁRIA - RECORREN-

TE QUE PROSEGUE NAS MESMAS ATIVIDADES DA EMPRESA LIQUIDADADA - OBJETOS SOCIAIS COINCIDENTES - CONFUSÃO PATRIMONIAL E POSSÍVEL SUCESSÃO EMPRESARIAL QUE JUSTIFICAM A INCLUSÃO DA NOVA PESSOA JURÍDICA NO POLO PASSIVO DA AÇÃO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NÃO CONFIGURADO - CITAÇÃO QUE DEVERÁ SER PROMOVIDA - DIREITO DE DEFESA DIFERIDO - AUSÊNCIA DE RISCO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. Extrai-se do art. 50 do Código Civil que, para que o credor possa ultrapassar as barreiras protetoras da personalidade jurídica da empresa devedora e alcançar os bens de seus sócios, faz-se necessária a demonstração da ocorrência de desvio de finalidade ou, ainda, a confusão patrimonial, pois a insolvência do executado ou a paralisação de suas atividades não bastam para configurar os requisitos exigidos para aplicação da desconsideração, uma vez que adotada pelo Estatuto Civil a teoria maior. (Agravo de Instrumento n. 2007.006727-6, j. em 12.8.09, deste relator). *No caso concreto, restou demonstrado que, efetivamente, a agravante era sócia majoritária da empresa ré a qual encerrou, de forma irregular, suas atividades. [...]. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.* (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.054671-0, de Imbituba, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. 12-05-2011) (grifo acrescido)

Destarte, encontrando-se nos autos provas de confusão patrimonial, por ter agido com infração à lei, decorrente do encerramento irregular das atividades, deve ser desconsiderada a personalidade jurídica, para que a execução prossiga também contra os sócios.

Quem age contra a lei, não pode se beneficiar do ilícito praticado.

Por fim, para evitar a desconsideração, não se pode aventar, como fez o agravante, a possibilidade de os bens da sociedade cobrirem o débito, haja vista que o artigo 50 do Código Civil não faz exigência de que a pessoa jurídica seja insolvente.

Neste sentido é a doutrina:

Primeiramente, prevê o Enunciado 281 do CJF/STJ que a aplicação da desconsideração, descrita no art. 50 do CC prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica. Em tom prático, não há necessidade de provar que a empresa está falida para que a desconsideração seja deferida. O enunciado doutrinário está perfeitamente correto, pois os parâmetros previstos no art. 50 do CC são a confusão patrimonial e o desvio de finalidade. Todavia, a insolvência ou a falência podem servir de parâmetros de reforço para a desconsideração. (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 9. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 252)

Escorreta, portanto, a decisão que desconsiderou a personalidade da recorrente.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o voto é no sentido de conhecer em parte do recurso, mas lhe negar provimento.

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2012.044927-8, de Itajaí

Relator: Des. Raulino Jacó Brüning

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. RECONVENÇÃO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ/RECONVINTE. 1. INVIABILIDADE DE RESCISÃO CONTRATUAL EM VISTA DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. NÃO CABIMENTO. CONTRATANTE INADIMPLENTE, TENDO PAGO PARTE ÍNFIMA DO PREÇO AJUSTADO. DIREITO DO LESADO EM BUSCAR A RESOLUÇÃO DO CONTRATO, NOS MOLDES DO ARTIGO 475 DO CÓDIGO CIVIL. 2. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE CLÁUSULA PENAL COM PERDAS E DANOS. ADQUIRENTE, CAUSADORA DA RESCISÃO, QUE USUFRUI DO BEM HÁ MAIS DE DOZE ANOS. CONDENAÇÃO A VALOR EQUIVALENTE AO ALUGUEL DO IMÓVEL. SUBSISTÊNCIA PARCIAL. NECESSIDADE DA CONTRAPRESTAÇÃO, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. LIMITAÇÃO DE RESSARCIMENTO AO PREJUÍZO QUE EXCEDER AO MONTANTE DA MULTA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 416, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. 3. INDENIZAÇÃO POR MELHORIAS NO IMÓVEL. COMPENSAÇÃO PELAS BENFEITORIAS ÚTEIS E NECESSÁRIAS DEFERIDA NA DECISÃO RECORRIDA. INDEFERIMENTO, POR FALTA DE PROVAS, DE REPARAÇÃO POR OBRAS NO TERRENO. IRRESIGNAÇÃO INESPECÍFICA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. ARTIGO 514, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESMIUÇADA ACERCA DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. RECURSO QUE SE LIMITA A REPETIR OS ARGUMENTOS DA CONTESTAÇÃO/RECONVENÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DO APELO NO PONTO. 4. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E EM PARTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.044927-8, da Comarca de Itajaí (1ª Vara Cível), em que é apelante Angela Maria Lucrezia e apelada Vendecasa Empreendimentos Imobiliários Ltda.:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer em parte do recurso e dar-lhe parcial provimento, a fim de que seja descontado do montante a ser apurado a título de perdas e danos o valor da multa penal. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 26 de junho de 2014, foi presidido por este relator e dele participaram os Desembargadores Sebastião César Evangelista e Gerson Cherem II.

Florianópolis, 26 de junho de 2014.

Raulino Jacó Brüning

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Adoto o relatório da r. sentença de fls. 158/166, da lavra do Magistrado Osvaldo João Ranzi, por refletir fielmente o contido no presente feito, *in verbis*:

VENDECASA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. aforou a presente AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E PERDAS E DANOS contra ANGELA MARIA LUCREZIA, qualificadas nos autos, aduzindo, em suma, que, na data de 9-11-2000, as partes firmaram contrato de compra e venda do lote nº 13, quadra “04” do loteamento de propriedade da autora, pelo valor de R\$ 14.449,30, sendo R\$ 1.500,00 à vista e o restante em 65 parcelas, cada qual no valor de R\$ 199,22, reajustado pelo IGPM.

Esclareceu que, mesmo tendo sido renegociada a dívida, a ré pagou até o

momento R\$ 2.842,44, equivalente a seis parcelas, sendo R\$ 1.500,00 equivalente às arras.

Argumentou que notificou a requerida, tendo sido contranotificada.

Requeru a procedência da demanda, para rescindir o contrato; reintegrar a posse do imóvel e condenar a ré a pagar à autora o valor correspondente ao aluguel do imóvel desde 26.6.2002 até a efetiva reintegração e as perdas e danos sofridos pela autora em razão da inadimplência, nos termos dos artigos 389 e 395, ambos do CC.

Valorou a causa e juntou documentos.

Devidamente citada, a requerida apresentou defesa, alegando, em preliminar, ausência de documento indispensável à propositura da demanda; incompatibilidade de pedidos; inépcia da inicial por não decorrer conclusão lógica a sua leitura; impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade ativa.

No mérito, argumentou que não houve renegociação da dívida, sendo que somente não a quitou ante a negativa da autora em desvincular o pagamento dos valores estipulados na renegociação, da qual não concorda, conforme contranotificação efetuada.

Defendeu o direito constitucional da moradia.

Requeru, em caso de procedência do pedido, a indenização pelas benfeitorias construídas no valor de R\$ 30.000,00 e pelas melhorias efetuadas no lote no importe de R\$ 7.000,00.

Argumentou que a reintegração de posse não é possível ante o não preenchimento dos requisitos do decreto-lei nº 58/37.

Defendeu a aplicação da teoria da imprevisibilidade, ante os diversos problemas financeiros que vem passando.

Impugnou os documentos juntados na inicial e requereu a improcedência da demanda.

Juntou documentos.

A ré apresentou reconvenção, requerendo, em suma, que seja deferida a possibilidade de pagamento do débito e condenar a reconvinada ao pagamento de uma indenização pelas melhorias feitas no terreno.

Requeru as *benesses* da justiça gratuita.

A reconvida replicou e contestou, reeditando, em suma, as mesmas teses sustentadas na inicial.

A reconvinde replicou.

Decisão saneadora irrecorrida às fls. 143-144.

Na audiência derradeira, o processo foi suspenso pelo prazo de 30 dias para tentativa de acordo.

Decorrido aquele prazo, a ré/reconvinde juntou proposta de acordo às fls. 153-154.

Intimada, a ré manifestou-se contrária à proposta.

Vieram-me os autos conclusos.

Acresço que o Togado *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos da ação e da reconvenção e, por consequência, rescindiu o contrato, em vista da inadimplência da parte demandada, cujo dispositivo segue transcrito:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE, em parte, o presente pedido para declarar rescindido o contrato em questão e reintegrar a autora na posse do imóvel objeto do litígio.

Condeno o réu a indenizar as perdas e danos sofridos pela autora, cujo montante deverá ser apurado em liquidação de sentença, e a perder a importância paga a título de sinal do negócio, fixada a multa contratual em 2%.

De outro vértice, determino a restituição em favor da parte requerida do montante referente às parcelas pagas, com atualização monetária pelo IGPM e juros de 1% a.m., tudo a contar do efetivo desembolso, aquela por ser mera atualização da moeda corroída pela inflação, e estes por tratar-se de obrigação líquida e em dinheiro.

Declaro nulo o parágrafo único da cláusula décima terceira, do contrato de

fls. 16/23 pelos motivos acima invocados.

Do valor apurado, deve ser deduzido o montante a título de ressarcimento das benfeitorias, conforme acima explicitado, feita a devida compensação.

Condeno a requerida, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 1.000,00 (mil reais), considerando a menor complexidade da lide, em face da revelia.

Deixo de condenar a autora nas penas da sucumbência, por ter decaído de parte mínima do pedido.

Inconformada com a prestação jurisdicional entregue, a ré/reconvinde interpõe recurso de apelação, argumentando: a) improcedência da rescisão, em razão da função social da propriedade, devendo permanecer no imóvel por não ter outro lugar para morar; e b) impossibilidade de cumulação de aluguéis com cláusula penal; e c) necessidade de pagamento das melhorias por si efetuadas. (fls. 66/97)

O recurso foi recebido (fl. 177), com apresentação das contrarrazões (fls. 179/188).

Após, ascenderam os autos a este Tribunal.

Enviado o processo ao Núcleo de Conciliação, a tentativa de acordo não foi possível, por não ter sido localizada a procuradora da recorrida.

É o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo (fl. 176) e, sendo a recorrente beneficiária da justiça gratuita (166), é dispensado o preparo.

1. Impossibilidade de rescisão contratual – função social da propriedade

Pugna a demandante pela impossibilidade de rescisão do contrato, pois, “[...] *em razão do princípio da função da propriedade o imóvel em todo momento que teve a posse da apelante gerou lucro ao município [...]*”. (fl. 173) (*sic*)

Sem razão.

Dessume-se dos autos que, em 09 de novembro de 2000, as partes firmaram compromisso de compra e venda de lote com área de 355,20m² (trezentos e cinquenta e cinco vírgula vinte metros quadrados), pelo valor de R\$14.449,30 (quatorze mil quatrocentos e quarenta e nove reais e trinta centavos). (fls. 21/23)

Acordou-se pagamento por meio de sinal de R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais) e o saldo em 65 (sessenta e cinco) parcelas, com valor inicial de R\$199,22 (cento e noventa e nove reais e vinte e dois centavos). A compradora quitou somente 06 (seis) parcelas, de sorte que, ante a falta de adimplemento, a vendedora notificou-a, constituindo-a em mora. (fls. 17/20)

Reconhecendo o inadimplemento confesso, o Juízo *a quo* rescindiu o contrato.

De forma contrária ao que afirma a apelante, se a propriedade não está cumprindo sua função social é por sua exclusiva culpa, que se apresentou para comprar o imóvel, acertou valores e demais condições, recebeu o bem, mas praticamente nada pagou em contrapartida.

A proprietária está há mais de 12 (doze) anos sem nada receber pelo terreno que vendeu. Não cabe ao Judiciário permitir que devedor confesso continue a prejudicar a autora.

O lesado pelo inadimplemento está autorizado a pleitear a resolução do contrato, com perdas e danos. Confira-se o que dispõem os artigos 474 e 475 do Código Civil:

Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tática depende de interpelação judicial.

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.

É ínsita aos contratos bilaterais a condição resolutiva, em razão da qual o pactuado entre os interessados pode ser desfeito. Clara é a lição de Sílvio Rodrigues:

Condição resolutiva da obrigação. – Dado o inadimplemento unilateral do contrato, pode o contratante pontual, em vez da atitude passiva de defesa, adotar um comportamento ativo na preservação de seus direitos. De fato, se o inadimplemento resulta de culpa de um dos contratantes, a lei concede ao outro uma alternativa. Com efeito, pode ele: a) exigir do outro contratante o cumprimento da avença; ou b) pedir judicialmente a resolução do contrato.

A opção, pelo menos no campo teórico, constitui prerrogativa do contratante pontual e a lei (Cód. Civ., art. 1.092, parágrafo único) determinando que a parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos, concede uma faculdade que o beneficiário usará se quiser. Caso não queira e seja possível alcançar tal resultado, optará pelo cumprimento do contrato. (RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 87)

Também a de Sílvio de Salvo Venosa:

Por derradeiro, o parágrafo único do artigo 1.092 dispunha que “a parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos”. O vigente Código, no art. 475, dispõe:

“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”.

Trata-se, portanto, do grande corolário do fundamento dos contratos bilaterais e aplica-se independentemente de texto legal. A parte que não deu causa ao descumprimento pode pedir o desfazimento judicial do contrato. A moderna técnica do direito, contudo, possibilita que se exija o cumprimento do contrato. O termo rescisão utilizado pela lei tem o sentido de extinção do contrato por inadimplemento de uma das partes. O vocábulo guarda sempre conotação judicial, embora nem sempre haja necessidade da decisão judicial para imputar o desfazimento contratual. Todos os contratos bilaterais, portanto, trazem essa chamada cláusula resolutória implícita que permite a rescisão. Se, contudo, as partes fizerem-na constar expressamente no contrato, (cláusula resolutória expressa), poderão estipular outros efeitos para a hipótese, prefixando uma multa, por exemplo. Ainda que as partes tenham expressamente convencionado a resolução automática no caso de descumprimento, há efeitos do desfazimento do contrato que só podem ocorrer com uma sentença judicial, que se fará necessária”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 355)

Neste sentido decide esta Corte de Justiça:

APELAÇÕES CÍVEIS. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO E REINTEGRAÇÃO DE POSSE. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. INADIMPLÊNCIA. - PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. [...] (4) MÉRITO. MANUTENÇÃO DO CONTRATO. INADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E PROLONGADO. RESOLUÇÃO BEM APLICADA. - Não havendo substancial adimplemento da obrigação, em virtude da quitação de (bem) menos da metade da avença, sem demonstração de interesse concreto em purgar a mora, tendo sido realizado o último pagamento há mais de três anos, o inadimplemento enseja a resolução do contrato. [...]. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.056105-8, de Balneário Piçarras, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 24-04-2014)

Confirmam-se também os seguintes julgados: Apelação Cível n. 2014.009443-3, de Balneário Piçarras, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 27-03-2014; Apelação Cível n. 2012.077192-4, de Itajaí, rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. 13-03-2014; e Apelação Cível n. 2011.037331-6, de São José, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 12-12-2013.

Mantém-se, portanto, a rescisão do contrato.

2. Impossibilidade de cumulação de cláusula penal e perdas e danos

A apelante pleiteia a exclusão da cumulação de cláusula penal com indenização pelos prejuízos que causou.

Parcial provimento merece o reclamo.

Fixada a culpa da ré/reconvinte pelo desfazimento do pacto, mostra-se inviável deixar de aplicar multa estabelecida em contrato. Incide, no caso, a disposição do artigo 408 do Código Civil:

Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

Importante lembrar que a redução da cláusula penal pelo Magistrado está autorizada pelo artigo 413 do Código Civil, podendo ser realizada até mesmo de ofício (como de fato ocorreu: de 20% para 10%), considerando-se o grau de cumprimento da obrigação ou a manifesta excessividade da reprimenda:

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Conforme a doutrina, são inacumuláveis, *por regra*, a cobrança da multa penal e das perdas e danos:

[...] se o credor optar pela cobrança da multa, não pode, em princípio, cumulá-la com as perdas e danos: *electa una via non datur regressum ad alteram* (escolhida uma via, não se pode optar pela outra). (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 336) (grifo acrescido)

No caso dos autos, porém, verifica-se que, além da multa compensatória, os contratantes convencionaram o pagamento de perdas e danos à requerente:

CLÁUSULA 2ª

Na ocorrência de desistência ou atraso superior à 90 (noventa) dias, acarretará na rescisão automática do presente contrato, devolvendo-se ao promitente comprador as importâncias já pagas, deduzindo-se os prejuízos que o inadimplemento causar, correspondentes à corretagem, despesas administrativas e outras advindas deste instrumento, na ordem de 20 (vinte por cento) sobre o valor do preço contratado. (*sic*) (fl. 21)

Em situações semelhantes, a jurisprudência desta Casa entende pela licitude da cumulação:

APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INADIMPLÊNCIA DOS PROMITENTES COMPRADORES. - PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM. RECURSO DA AUTORA. PERDAS E DANOS. INDENIZAÇÃO PELO USO DO BEM-OBJETO. LONGO TEMPO DE FRUIÇÃO SEM CON-

TRAPRESTAÇÃO. PARTICULARIDADES. ENRIQUECIMENTO INDEVIDO. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA. EQUIDADE. ACOHLHIMENTO. - *De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e precedentes desta Casa, a fruição de imóvel sem contraprestação por longo período de tempo torna possível e adequada a cumulação da cláusula penal com indenização por perdas e danos - consistentes em 'alugueres' a serem apurados -, sob pena de se proporcionar, àquele que deu causa à resolução, enriquecimento injustificado pela utilização gratuita do bem. [...]. SENTENÇA ALTERADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.018770-5, da Capital, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 10-10-2013) (grifo acrescido)*

Utilizar-se de imóvel por longo período (*in casu*, mais de doze anos), sem nada despender por isso, configuraria vantagem descabida à parte inadimplente.

O vendedor de imóvel normalmente tem gastos com corretagem, publicidade e administração, de modo que a cláusula penal pode nem sempre cobrir a totalidade de seu prejuízo (afora os lucros cessantes decorrentes da falta de uso do terreno).

Justifica-se, por isso, a possibilidade de cumulação dessas verbas.

A fim de evitar *bis in idem* (tendo em vista que um dos escopos da cláusula penal é prefixar perdas e danos), o parágrafo único do artigo 416 do Código Civil determina que o prejuízo será apurado pelo que exceder da multa:

Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convenicionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente. (grifo acrescido)

Assim, comprovando-se prejuízo maior do que aquele estabelecido pela cláusula penal, somente a parcela a que isto sobejar poderá ser cobrada. Discorrendo sobre esse dispositivo legal, esclarece Venosa:

Se a regra do *caput* estabelece a noção geral da cláusula, repetindo o que constava do artigo 927 do estatuto antigo, o texto inserido no parágrafo esclarece definitivamente discussão que ordinariamente é trazida no caso concreto. O valor da multa pode sempre ser exigido na hipótese de inadimplemento. Se o credor entender que seu prejuízo supera seu valor, somente poderá cobrar o excesso se o contrato assim o estabelecer expressamente e, nesse caso, quanto ao valor que sobejar, deve provar o prejuízo, seguindo, então, neste último aspecto, a regra geral de perdas e danos. (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 337) (grifo acrescido)

Nesses termos, determina-se que o valor das perdas e danos será apurado na forma da sentença, descontando-se o montante da multa penal.

3. Pleito para deferir indenização pelas melhorias realizadas no imóvel

Pretende a recorrente obter indenização por melhorias que realizou no imóvel. Aduz que isso foi comprovado pelas fotografias anexadas.

Por lhe faltar dialeticidade, o pedido não pode ser conhecido .

O Magistrado sentenciante analisou a questão com propriedade: permitiu que a apelante seja compensada pelas benfeitorias úteis e necessárias que realizou, autorizando o levantamento das voluptuárias; mas negou, por falta de provas, reparação por melhorias no terreno. Veja-se:

Por sua vez, tem a ré/reconvinte o direito ao *ressarcimento das benfeitorias úteis e necessárias edificadas e ao levantamento das voluptuárias*, nos termos do artigo 1.219 do CC, a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento. Isso porque a posse de boa-fé da ré/reconvinte está caracterizada pela assinatura do contrato de cessão, anuído pela autora. (grifo no original)

[...]

Por fim, não merece provimento o pedido de condenação da autora/reconvinda ao pagamento das melhorias do terreno, porquanto o pedido não está embasado com provas suficientes a corroborar a tese aventada, ônus que lhe incumbia a teor do disposto no art. 333, II, do CPC.

Em sua apelação, a ré/reconvinte limitou-se a repetir os argumentos da contestação e da reconvenção. A bem da verdade, pela redação da peça recursal, difícil até saber sobre qual das duas indenização ali se refere, pois só menciona “*melhorias realizadas no imóvel*”. (fl. 173)

Por faltar impugnação específica, demonstrando com eficácia o equívoco do comando sentencial, ausente o requisito da dialeticidade.

Segundo Araken de Assis:

Entende-se por dialeticidade o ônus de o recorrente motivar o recurso no ato da interposição.

[...]

Sem cotejar as alegações do recurso e a motivação do ato impugnado, mostra-se impossível ao órgão *ad quem* avaliar o desacerto do ato, a existência de vício (*error in iudicando*), o vício de procedimento (*error in procedendo*) ou o defeito típico que enseja a declaração do provimento. A motivação do recurso delimita a matéria impugnada (art. 515, *caput*). É essencial, portanto, à predeterminação da extensão e profundidade do efeito devolutivo. Por outro lado, a falta da motivação prejudica o contraditório: desconhecendo as razões do recorrente, o recorrido não pode se opor eficazmente à pretensão recursal. (ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 106/107)

Neste sentido decide esta Corte:

[...] 4 TESES DE EXCESSO DE EXECUÇÃO E ILIQUIDEZ DO TÍTULO EM AFRONTA AO ART. 514, II, DO CPC. PRINCÍPIO DA DIALECTICIDADE. PEÇA RECURSAL QUE SE LIMITA A REPETIR OS ARGUMENTOS DA PETIÇÃO INICIAL. NÃO CONHECIMENTO DO APELO NESTES PONTOS. “[...] O recurso de apelação pressupõe a apresentação de fundamentos de fato e de direito que sejam capazes de atacar a sentença de forma direta, expondo em que pontos ela se mostra injusta e, portanto, suscetível de modificação pelo Tribunal *ad quem*, não bastando fazer meras remissões, simplesmente repetindo fundamentação ou, ainda, se resumindo a repetir os pedidos formulados na petição inicial” (Apelação Cível n. 2008.035268-0, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 9-8-2010). [...]. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.034126-4, de Orleans, rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. 17-12-2013)

Confirmam-se, ademais, os seguintes acórdãos: TJSC, Apelação Cível n. 2012.074099-8, de Lages, rel. Des. Gerson Cherem II, j. 11-07-2013; TJSC, Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Apelação Cível n. 2012.033201-4, de Chapecó, rel. Des. Artur Jenichen Filho, j. 08-07-2013; e TJSC, Apelação Cível n. 2010.003216-3, de São José do Cedro, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 25-11-2011.

Dessa forma, o ponto recursal não é conhecido.

4. Pedido de condenação nas penas da má-fé, aduzido em contrarrazões

Pleiteada em contrarrazões a condenação da apelante por litigância de má-fé.

Ante o parcial provimento do apelo, resta claro que não houve intuito meramente protelatório no recurso.

Indefere-se, assim, o pedido.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o voto é no sentido de conhecer em parte do recurso e dar-lhe parcial provimento, a fim de que seja descontado do montante a ser apurado a título de perdas e danos o valor da multa penal.

Apelação Cível n. 2007.060473-7, da Capital

Relator: Des. Sebastião César Evangelista

Direito do consumidor. Substituição de produto defeituoso. Resistência injustificada. Necessidade de repetição de diligências, seguida de recusa à troca do produto. Malferimento à dignidade do consumidor. Dano moral caracterizado.

Toda linha de produção está sujeita a defeitos, seja por falha mecânica, humana ou ambas, sendo muito provável a eventual colocação no mercado de produto com defeito que não será detectado pelo consumidor no ato da compra. O art. 18 do Código de Defesa do Consumidor abriga a garantia de que, quando isso ocorrer, será possível exigir do fornecedor o reparo em prazo de trinta dias, ou escolha, a critério do consumidor, de uma de três soluções: substituição do produto, devolução com restituição do valor ou abatimento do preço.

A aquisição de um aparelho com defeito é uma contingência do mercado de consumo e não gera, por si só, o dever de reparação por dano moral. Há de se diferenciar, por outro lado, a situação em que o fornecedor por diversas vezes devolve o produto com o mesmo defeito, obrigando o consumidor a repetir diversas diligências administrativas para, ao final, receber uma recusa de troca do produto.

A oposição de resistência injustificada ao cumprimento dos deveres inscritos no art. 18 do CDC é fato antijurídico que, observadas as circunstâncias do caso concreto, é passível de gerar dever de reparação. O tempo subtraído de horas de lazer ou de trabalho, a decepção e a angústia geradas por repetidas e infrutíferas diligências administrativas e o tratamento pouco digno conferido ao consumidor são fatos que, no conjunto, representam dano moral indenizável.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.060473-7, da Comarca da Capital (6ª Vara Cível), em que é apelante Alvaro de Campos Lobo Neto e apelada Hewlett Packard Brasil S/A:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Raulino Jacó Brüning, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Domingos Paludo.

Florianópolis, 16 de junho de 2014.

Sebastião César Evangelista

RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por Álvaro de Campos Lobo Neto, inconformado com a sentença que julgou ação de reparação de danos movida contra Hewlett Packard Brasil S.A.

A sentença (fls. 184-188) acolheu parcialmente o pedido formulado pelo autor, condenando a empresa ré ao ressarcimento por danos materiais. Na fundamentação, consignou-se que devidamente comprovados os fatos de que o autor comprou a mercadoria fabricada pela ré e que, após entregá-lo seis vezes à assistência técnica, ao longo de quase um ano, o vício apresentado não foi sanado e a fornecedora recusou-se a trocar o produto ou ressarcir o valor. Rejeitou-se, por outro lado, a pretensão ao recebimento de indenização por dano moral, à consideração de que os percalços do cotidiano não geram o dever de reparação pecuniária. Ao final, condenou o réu nos ônus de sucumbência, arbitrados os honorários advocatícios em 15% sobre o valor da causa.

Feito o cálculo das custas finais (fl. 192), a ré apresentou guia de recolhimento do valor da condenação (fls. 193-195) e requereu o arquivamento dos autos.

O autor, de outro lado, inconformado com a sentença, apelou, pugnando pela reforma, no mérito, para que seja acolhido o pedido de reparação por dano moral. Relatou novamente as diligências feitas a fim de obter administrativamente o reparo e observou que cada um dos envios à assistência foi seguido de expectativa, angústia e decepção, já que, a despeito da boa reputação da fabricante, a máquina retornava, invariavelmente, apresentando o mesmo defeito.

Nas contrarrazões, a apelada ressaltou já ter sido devidamente depositado o valor dos danos materiais, prosseguindo a demanda somente em relação aos danos materiais. No mérito, sustentou não se ter caracterizado, na hipótese, dano moral.

Este é o relatório.

VOTO

1 O recorrente, em seu apelo, devolve a exame, exclusivamente, o pleito de reparação por dano moral, amparado no mau tratamento recebido pela fornecedora ré, que resultou em aproximadamente um ano e seis diligências infrutíferas à assistência técnica, período no qual teria ficado privado de um computador em bom estado de funcionamento. Sublinhou que em metade desse período a máquina esteve com o consumidor – apresentando defeito – e na outra metade retido na assistência técnica.

O argumento formulado na inicial e repisado nas razões de apelação foi rejeitado pela sentença, com amparo em jurisprudência no sentido de que meros dissabores do cotidiano não ensejam a reparação por dano moral.

Sobre o tema, registra-se manifestação recente do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA PELA *INTERNET*. PRESENTE DE NATAL. NÃO ENTREGA DA MERCADORIA. VIOLAÇÃO A DIREITO DE PERSONALIDADE NÃO COMPROVADA NO CASO CONCRETO. DANOS MORAIS INDEVIDOS.

1.- A jurisprudência desta Corte tem assinalado que os aborrecimentos comuns do dia a dia, os meros dissabores normais e próprios do convívio social não são suficientes para originar danos morais indenizáveis.

2.- A falha na entrega de mercadoria adquirida pela *internet* configura, em princípio, mero inadimplemento contratual, não dando causa a indenização por danos morais. Apenas excepcionalmente, quando comprovada verdadeira ofensa a direito de personalidade, será possível pleitear indenização a esse título. (REsp 1399931/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 11.2.2014)

Essa orientação existe para evitar que a tutela jurídica estatal não transborde em excessiva ingerência na vida privada, com a regulação das relações sociais nos seus mínimos detalhes, ao lado da multiplicação de ações judiciais desnecessárias, com prejuízo para a efetividade da prestação jurisdicional.

Sem desatentar à validade de tal argumento, é necessário ponderar, por outro lado, que o Poder Judiciário deve, no exame das provas, diferenciar as situações de “mero dissabor” daquelas em que o desgosto experimentado é significativo e resulta de prática abusiva de quem tem com a outra parte relação de poder.

Deve-se reconhecer que o só fato de o computador adquirido com defeito não seria suficiente para gerar, por si só, direito à reparação por dano moral. O dano estará caracterizado, por outro lado, se a fornecedora, abusando de sua predominância de poder na relação comercial, negligenciar seu dever de promover o reparo ou fazer a troca do produto, tratando o consumidor de forma desrespeitosa e submetendo-o, dessa forma, a situação angustiante e embaraçosa.

É fato notório que qualquer linha de produção está sujeita à possibilidade de defeito. Por melhor que seja a tecnologia empregada ou o treinamento dos funcionários, eventualmente haverá algum erro em algum momento da cadeia produtiva, entre a fabricação e a venda final no varejo, que resultará, lamentavelmente, na aquisição, pelo consumidor, de uma mercadoria imperfeita. Isso será sem dúvida um incômodo, mas não um fato gerador de dano moral. Essa é uma contingência do mercado consumo.

Se fosse apenas esse o contexto, teria plena aplicação a jurisprudência construída sobre a ideia de mero dissabor do cotidiano. Não é esse, entretanto, o fundamento do pedido. O que se alega, na hipótese, é a insistente negativa da empresa em corrigir o defeito apresentado, seguido da recusa em promover a troca do produto. O consumidor, nessa hipótese, não se viu apenas prejudicado no negócio, mas teve de se sujeitar a um verdadeiro périplo, diligenciando por praticamente um ano, levando o produto por seis vezes para a assistência, e finalmente encaminhou-o a São Paulo na esperança de lhe ser reconhecido o direito à troca, recebendo, entretanto, resposta negativa. Em todas as oportunidades que foi buscada a solução diretamente junto à empresa, o resultado foi, depois de um prazo de espera, o retorno da máquina com defeito.

A questão que vem à baila, pois, não é a responsabilidade pelo defeito no produto, mas pela resistência injustificada ao cumprimento de normas legais, em desfavor do consumidor que, ao lado de prejudicado no negócio de compra e venda, viu-se obrigado a dispendar tempo e energia para compelir a fornecedora a cumprir o seu dever legal. Essa circunstância, no entender do apelante, ter-lhe-ia causado abalo moral, consideradas as inúmeras vezes em que se viu aguardando o reparo, sendo reiteradamente frustrada a expectativa, ao mesmo tempo em que se prolongava indefinidamente o período em que não pôde usufruir do microcomputador adquirido.

2 A ocorrência de ilícito, na hipótese é flagrante, haja visto indisputável desrespeito à norma contida no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor.

O art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, *caput* e § 1º, assegura ao comprador do produto com defeito exigir do fornecedor o reparo em prazo de trinta dias, ou escolha, a critério do consumidor, de uma de três soluções: substituição do produto, devolução com restituição do valor ou abatimento do preço.

O direito de não efetuar a troca e sim promover o reparo é um favor legal ao fornecedor, que se aplica somente à hipótese em que a substituição da parte do defeito não prejudique o valor final do produto. É essa a regra inscrita no § 3º do art. 18 do CDC: “O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial”.

Sobre o tema, disserta Cláudia Lima Marques:

Nunca é demais frisar que este prazo de 30 dias previsto no § 1º só será utilizado em situações especiais, que permitam a substituição das partes do produto, como em caso de veículos. Nesse sentido, é claro o § 3º que exclui o prazo “sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor (...)”. É um critério bastante subjetivo, que será sempre interpretado pró-consumidor, tendo em vista as expectativas legítimas que o produto despertou nele. Tratando-se de uma sociedade de consumo, o eventual conserto de bens de grande valor geralmente acarreta a diminuição de seu valor. (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1212-1213).

Zelmo Denari, em comentário sobre o tema, registra que o preceito é voltado especificamente para produtos industrializados dissociáveis:

É bom frisar, neste tópico, que o Código concedeu ao fornecedor de bens o direito de proceder ao saneamento dos vícios capazes de afetar a qualidade do produto, no prazo de 30 dias, contados da sua aquisição. Esse prazo legal de saneamento dos vícios, no entanto, somente deve ser observado em se tratando de produtos industrializados dissociáveis, é dizer, que permitam a dissociação de seus componentes, como é o caso dos eletrodomésticos, veículos de transporte, computadores, armários de cozinha, copa ou dormitório. Se os vícios afetarem produtos industrializados ou naturais essenciais, que não permitem dissociação de seus elementos – v.g., vestimentas, calçados, utensílios domésticos, medicamentos, bebidas de todo gênero, produtos *in natura* –, não se oferece a oportunidade de saneamento, e o consumidor pode exigir que sejam imediatizadas as reparações previstas alternativamente no § 1º do art. 18, como prevê expressamente o § 3º, *in fine*. (In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1. p. 224.)

Compreendido o escopo do preceito contido no art. 18 do CDC, revela-se razoável a sua aplicação para a hipótese de microcomputador. O vício poderia ser resultante de uma peça com defeito, ou apenas um problema de conexão entre os dispositivos de *hardware*, o que poderia ser rapidamente detectado e reparado, sem prejuízo para a qualidade ou o valor do produto. Observe-se que, nesse caso, a espera do prazo de trinta dias já sujeita o consumidor a uma espera contrária ao acordo de vontades, que incluía a tradição imediata do bem, ou a entrega em prazo certo. Esse prazo de espera, entretanto, embora indesejável, é conferido ao fornecedor pelo já mencionado artigo 18 da Lei n. 8.078/90.

De outro lado, adquirido o produto com defeito, apresentada a situação ao fornecedor e transcorrido o prazo de trinta dias sem uma resposta, passa a existir uma situação contrária ao direito. O fornecedor,

nesse caso, estará abusando do favor legal que lhe foi conferido pelo CDC e sujeitando o consumidor à privação do uso pelo produto que comprou. Conforme a essencialidade do produto – um telefone, ou automóvel, por exemplo, a falta do bem pode causar séria repercussão sobre a vida cotidiana do consumidor. Em tais casos, o correto – a fim de se preservar a expectativa legítima do consumidor – seria que o fornecedor oferecesse solução provisória, como o comodato de produto similar até a conclusão da análise ou reparo, a fim de amenizar o prejuízo sofrido com a espera.

No caso em apreço, não alega o consumidor que a falta do *notebook* tenha ocasionado grave prejuízo pela necessidade do bem para uso em trabalho. Não houve pedido de reparação por lucro cessante e tampouco se invocou a tese de direito a reparação pela perda de uma chance. O que se alega, tão-somente, é que o serviço de atendimento ao consumidor oferecido pela ré foi de tal forma ineficiente e irresponsável, que o sujeitou a uma condição indigna e angustiante, além de lhe subtrair tempo e lhe privar do gozo do bem comprado.

A fim de se melhor descreverem os contornos da situação fática que fundamenta o pedido de reparação, merece transcrição excerto da sentença que apresentou síntese dos fatos da causa (fl. 185):

Exsurge de todo o processado que o Autor em 31.07.2001 (fls. 12) adquiriu o computador portátil supra descrito que foi entregue em sua residência em 03.08.2001 (fls. 13).

Nada obstante ter adquirido aparelho novo que, à época, era um dos melhores do mercado, já em 05.09.2001 começou a apresentar problemas no “display”, motivo pelo qual foi enviado à assistência técnica autorizada da Requerida para correção do problema, problema este não solucionado.

Em 30.10.01 (ordem de serviço nº 2304, fls. 18) o equipamento foi novamente encaminhado à assistência técnica com o mesmo problema, o que vol-

tou a acontecer em 25.01.02 (ordem de serviço nº 2700, fls. 19), 15.02.02 (ordem de serviço nº 4654, fls. 14), 25.04.02 (ordem de serviço nº 3346, fls. 15), e 27.06.02 (ordem de serviço nº 3663, fls. 21).

Todavia, decorrido quase um ano da aquisição do “*notebook*” e depois de ter sido entregue 6 (seis) vezes à assistência técnica, o defeito apresentado no “display” do “*notebook*” não foi sanado, apesar de o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor dispor expressamente que “os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor (...) podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas”, e o § 1º do mesmo artigo estabelecer o prazo de 30 dias para a correção do problema.

Essa sequência de diligências foi descrita em pormenores na peça recursal, a fls. 198-200.

A apelada, em suas contrarrazões, não contestou a acuidade de tal descrição dos fatos, mas sustentou que eles não teriam ocasionado dano moral:

Com efeito, aceitar como configurado o dano moral no caso dos autos significa não só desvirtuar totalmente o instituto como alimentar a indústria de indenizações, uma vez que o apelante não sofreu qualquer dano de ordem moral em decorrência do suposto defeito do equipamento adquirido, ou seja, não sofreu humilhação, dor, constrangimento, ou qualquer outro sentimento que pudesse abalar sua honra. (excerto colhido das contra-razões, fl. 219)

Nesse contexto, revela-se que, na hipótese, a ofensa ao art. 18 do CDC é fato evidenciado e, mais que isso, incontroverso na demanda. Em hipótese alguma poderia a ré, não tendo feito o reparo no prazo de 30 dias, recusar-se à substituição do produto ou devolução do valor. Por mesmo motivo, mostra-se abusivo sujeitar o consumidor a levar reiteradamente o bem para a assistência técnica.

Se a origem do mau funcionamento apresentado não é facilmente detectada, e o reparo exige prazo maior de 30 dias, então não se está diante de falha simples e comezinha, que possa ser sanada sem prejudicar o valor do produto. Um computador que volta por várias vezes da assistência ao longo de um ano não é uma boa compra e ninguém em bom juízo, ciente dessa informação, iria adquirir a máquina senão mediante um significativo abatimento do preço.

A situação, pois, estaria a atrair a regra contida no § 3º do art. 18 do CDC. A partir dos fatos narrados na inicial e delimitados na fundamentação na sentença, cumpriria à ré, respeitado o espírito da norma inserta no art. 18 do CDC, e em observados os princípios da confiança legítima e da boa-fé objetiva, oferecer a imediata substituição do produto ou devolução do dinheiro. No lugar de fazer isso, ela sujeitou o consumidor à situação já descrita, em processo longo e incômodo, que culminou na injustificável recusa à substituição ou devolução do valor.

3 Ainda que incontroversa a ilegalidade, é necessário avaliar se dela decorreu dano ao consumidor, já que a tutela individual dos direitos do consumidor, no direito brasileiro, não contempla a possibilidade de aplicação de multa ou indenização pautada exclusivamente na negligência do fornecedor.

Analisando-se o subsistema de tutela dos direitos do consumidor criado pela Lei n. 8.078/90, observa-se que a culpa grave ou a conduta altamente reprovável por parte do fornecedor não são fato suficiente para, por si só, autorizar a indenização em favor da parte lesada ou submetida a risco de lesão. Essa característica, que pode ser interpretada como uma omissão na disciplina da matéria, é resultado de vetos feitos ao texto da legislação consumerista que foi aprovado pelo Congresso Nacional.

Registre-se que a Lei n. 8.078/90, na redação aprovada pelo Congresso Nacional, estipulara em seu art. 16:

Art. 16 - Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável.

O artigo transcrito foi vetado pelo Presidente da República, juntamente com todos os dispositivos legais que cuidavam da aplicação de multa, tendo-se anotado na Mensagem n. 664/90 a seguinte justificativa:

O art. 12 e outras normas já dispõem de modo cabal sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor. Os dispositivos ora vetados criam a figura da “multa civil”, sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e finalidade.

O artigo 12 e “outras normas” regulamentaram o direito à reparação patrimonial pelo dano sofrido pelo consumidor. Disciplinar direito ao ressarcimento, na exata medida do dano material comprovado, não é o mesmo que disciplinar “cabalmente” a responsabilidade civil.

A solução aprovada pelo Poder Legislativo foi a de quebrar com o sistema do Código Civil e inserir um elemento punitivo ao dever de reparar, na esteira da conhecida figura dos “*punitive damages*” do direito norte-americano, para as hipóteses em que demonstrada não apenas atitude antijurídica por parte do fornecedor, mas também a alta periculosidade do produto ou serviço, ou ainda a grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor. O texto normativo procurava, dessa forma, tornar antieconômica a prática delitiva grave.

A existência dos danos punitivos tem por objetivo evitar que um fornecedor, ciente do dano provocado ao consumidor, ou do risco de dano ocultamente imposto ao consumidor, opte por praticar a conduta ilícita, por ser essa a solução mais vantajosa do ponto de vista econômico. Isso porque do universo de consumidores que efetivamente for prejudicado e tomar ciência de vício no produto, somente parte terá capacidade, tempo, paciência e os recursos necessários a compreender e comprovar o defeito e buscar administrativamente o reparo ou a troca. No caso de recusa, um subgrupo ainda menor buscará judicialmente a reparação.

Sobre o tema, comenta Mark Geistfeld que se o produtor tem a expectativa de que somente um em dez consumidores lesados irão processar e obter ganho de causa, talvez por serem incapazes de identificar o defeito, então, para maximizar lucros, ele teria de comparar o custo da correção do defeito com as despesas que adviriam da reparação - por ordem judicial - a esse um décimo de consumidores. Nas situações em que o custo da precaução excedesse a previsão de custo com o pagamento de indenizações, a escolha lógica, do ponto de vista estritamente financeiro, seria a de vender o produto com defeito. Sem embargo das considerações éticas, e do risco de dano à imagem da empresa, o fato é que o raciocínio pautado em resultados financeiros, em alguns casos, incentivaria a direção da empresa a optar por conduta lesiva ao consumidor. A possibilidade de cominação de danos punitivos tem a função de eliminar esse incentivo. (GEISTFELD, Mark A. *Principles of product liability*. 2. ed. Nova York: Thompson Reuters, 2009. p. 268-269)

No original, anotou o autor:

Suppose the manufacturer expects that only one out of ten consumers with meritorious claims will actually sue and recover, perhaps because they are unable to identify the defects (like the failure to warn of a risk of cancer) as the cause of their injuries (cancer). To maximize profits, the manufacturer

would make the safety decision by comparing the cost of the precaution (B) with these expected liability costs (1/10PL). The cost of the safety precaution could exceed the manufacturer expected liability costs, creating an incentive to sell the defective product (...). This deterrence problem can be solved by punitive damages.

Esse raciocínio é próprio da interpretação econômica do direito. Considerando-se que a gerência do estabelecimento comercial deve buscar o melhor resultado financeiro possível, o natural é esperar que ela se oriente pelo desrespeito ao Código de Defesa do Consumidor, se essa prática se mostrar mais lucrativa. Essa linha de pensamento pode ser acusada de materialista e, em certo grau, cética, mas a reiteração de denúncias contra práticas abusivas por sociedades empresárias revela o seu valor como ferramenta para conter e sancionar abusos praticados contra os consumidores e orientar o mercado a um caminho mais ético, ainda que mediante coerção.

No sistema legal brasileiro tais sanções são somente viáveis em sede de tutela coletiva ou em sanções administrativas promovidas por órgãos de defesa do consumidor. No âmbito da tutela individual, a disciplina jurídica da matéria não contempla a possibilidade de sanção, haja vista o veto presidencial ao art. 16 do CDC.

4 Estabelecidas as três premissas anteriores, passa-se ao exame da situação concreta, a fim de avaliar se é pertinente o pleito indenizatório perseguido no presente recurso de apelação.

Definiu-se neste acórdão que (a) os meros dissabores do cotidiano não geram direito à reparação por dano moral; (b) no caso, houve clara violação ao art. 18 do CDC; e (c) a conduta negligente do fornecedor, por si só, não enseja indenização ou multa. Resta avaliar, neste tópico, se o substrato fático constatado a partir do exame das provas produzidas na espécie demonstra a concretização de dano moral ao autor.

A partir da situação de fato descrita, há incontestável abuso de relação de poder e sujeição do consumidor, por longo período de tempo, a situação que lhe tomou tempo valioso e o privou do uso do bem adquirido.

Deve-se registrar, inicialmente, que a circunstância de serem necessárias seis diligências, ao longo de um ano, com envio do computador para São Paulo e aguardo da resposta do fornecedor, é fato que prejudica o consumidor e lhe subtrai tempo em que poderia ser dedicado ao trabalho ou a lazer. Essa é, por si só, uma agressão que não pode ser reparada, pois aquele tempo jamais será recuperado.

Sobre o tema, colhe-se da literatura passagem de artigo publicado recentemente na Revista de Direito do Consumidor:

O dano temporal ou cronológico por desvio do produtivo e perda de tempo útil e/ou livre é fenômeno típico da sociedade tecnológica pós-moderna, gozando de inegável presença fática que não pode mais ser ignorada pelos juristas brasileiros e mundiais. Daí por que – inspirando-se na lição do desembargador André Gustavo Correia de Andrade –, é intolerável que os consumidores percam seu tempo útil e livre em decorrência de condutas abusivas imputáveis unicamente aos fornecedores de serviços/produtos que não se dispõem à solução rápida e adequada das demandas consumeristas avalizadas pela Constituição e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Verdadeiramente, o dano temporal por desvio produtivo ou desperdício de tempo útil e/ou livre do consumidor é realidade inarredável aferível à luz de cada caso concreto e pela regra de experiência ordinária do magistrado, a fim de separar mero aborrecimento do efetivo dano indenizável por perda do tempo útil e desvio produtivo.

Em suma, o direito à indenização compensatória do dano temporal ou cronológico – enquanto categoria lesiva autônoma –, é consequência do sistema aberto de tutela da dignidade humana e de responsabilização civil, merecendo análise atenta e detida dos intérpretes e operadores do direito brasileiro. Aliás, tutelar juridicamente o tempo humano é também respaldar a liberdade, valorizar a vida, a família, o trabalho, o estudo, o afeto e tantos outros

bens caros à personalidade humana em meio ao cotidiano veloz da sociedade da informação. No entanto, os Tribunais pátrios geralmente ainda conferem efetividade à tutela jurídica do tempo de modo reflexo sob o rótulo genérico de danos morais – já representando isso grande avanço, diga-se *en passant*. (MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro - é dignidade e liberdade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 92, mar./abr. 2014. p. 174, 175)

Registre-se que, com a devida vênia, não se está a acompanhar o citado autor na caracterização do “dano temporal” como uma categoria autônoma. O que se acompanha é seu raciocínio no sentido de que o desperdício de tempo a que foi sujeitado o consumidor deve ser considerado como um elemento importante na caracterização do dano moral. A necessidade de repetidamente ter de buscar a assistência técnica não exerce, evidentemente, nenhum efeito sobre a passagem do tempo, objetivamente considerado, mas o privou de utilizar daquele tempo de maneira que lhe fosse proveitosa.

A escolha sobre a forma de dispor do próprio tempo é, sem dúvida, uma das mais importantes liberdades da vida, e um elemento essencial da dignidade humana.

Oportuno lembrar, nesse ponto, a lição de Sêneca:

Não é curto o tempo que temos, mas dele muito perdemos. A vida é suficientemente longa e com generosidade nos foi dada, para a realização das maiores coisas, se a empregamos bem. Mas, quando ela se esvai no luxo e na indiferença, quando não a empregamos em nada de bom, então, finalmente constrangidos pela fatalidade, sentimos que ela já passou por nós sem que tivéssemos percebido. O fato é o seguinte: não recebemos uma vida breve, mas a fazemos, nem somos dela carentes, mas esbanjadores. Tal como abundantes e régios recursos, quando caem nas mãos de um mau senhor, dissipam-se

num momento, enquanto que, por pequenos que sejam, se são confiados a um bom guarda, crescem pelo uso, assim também a nossa vida se estende por muito tempo, para aquele que sabe dela bem dispor. (*Sobre a brevidade da vida*. p. 26. São Paulo: Nova Alexandria, 1993.)

Pois bem, no caso concreto, a ré foi esbanjadora do tempo do autor. Infligiu-lhe gratuitamente a pena de ter de se deslocar, procurar a assistência técnica, argumentar, insistir, deslocar-se novamente, tudo ao longo de um ano, por seis vezes repetidas.

Não é apenas o tempo perdido, entretanto, mas o sentimento de estar sendo desprezado e talvez enganado pela fornecedora, além da angústia de não saber se o reparo ou a troca serão feitos, quando o processo irá terminar, por quantas mais vezes será necessário requerer a solução do problema. O desgosto causado por tal situação, o arrependimento da compra e irritação ocasionada pela conduta da ré é fato que se pode facilmente compreender.

Em casos similares, de dificuldades sofridas por consumidores em razão da negligência no atendimento ao consumidor, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul registrou um precedente importante:

Obra com desídia a administradora de cartão de crédito que inclui e retira, sucessivamente, das faturas do autor, lançamento que sabe ser indevido, obrigando o cliente a se submeter a verdadeira “*via crucis*”, durante longos meses, junto à central de atendimento da empresa, para o fim de obter a regularização de sua situação. Mais grave ainda, é que a ré, mesmo reconhecendo a impropriedade de tais lançamentos, envia o nome do autor para o cadastro de inadimplentes, vindo-lhe causar novo e grave prejuízo. Dano moral *in re ipsa*. (Ap. Cív. nº 70010319101, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, j. 16.3.2005)

Em caso julgado por aquela Corte no ano seguinte, em situação mais próxima à dos autos, pois envolve atraso e defeito em reparo, averbouse:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. FORNECIMENTO DE SERVIÇOS. ÔNUS DA PROVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DEVOLUÇÃO DO DINHEIRO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. Restando demonstrado que o fornecedor de serviços procedeu o conserto do motor e do câmbio do automóvel do autor, peças essas que continuaram apresentando problemas, o que levou o demandante a procurar outra oficina, procede a pretensão de devolução do dinheiro gasto, em razão do vício do serviço, ex vi do art. 20, II, do CDC. [...] O dano moral decorre do próprio fato ilícito, sendo que a prova, nesse caso, é prescindível, pois o prejuízo extrapatrimonial advém dos efeitos da verdadeira *via crucis* a que foi submetido o autor junto à oficina, estando *in re ipsa*. Valor da indenização arbitrado em 30 salários mínimos. APELO PROVIDO. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. (Ap. Cív. n. 70008712325, rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. 22.3.2006)

Essa ideia, a de que não é apenas o tempo despendido, mas o tempo mau utilizado, a angústia do problema indefinidamente insolucionado, foi, nos precedentes mencionados, traduzida metaforicamente como *via crucis*. Esse recurso linguístico ganhou repercussão em diversos outros precedentes, tanto no próprio Tribunal Gaúcho (Ap. Cív. n. 70009160854, Ap. Cív. n. 70019340108, Ap. Cív. n. 70044913457, Ap. Cív. n. 70056397581, entre outras) quanto nesta Corte (Ap. Cív. n. 2009.070532-7, Ap. Cív. n. 2008.022736-3, entre outras).

Na esteira dos precedentes citados e dos fundamentos expostos, tem-se que o tormento, o desalento, a amargura imposta ao consumidor, ao lado da perda de tempo decorrente do tratamento desrespeitoso e, lembre-se, antijurídico do fornecedor (violação ao art. 18 do CDC), consubstancia dano moral indenizável.

5 O autor insistiu no argumento de que, durante aproximadamente um ano, não pôde utilizar o computador. O argumento é também relevante, haja vista, que considerando-se o valor do produto, é presumível que o consumidor não tenha condições de comprar outro enquanto aguarda a resposta da assistência técnica. O microcomputador, ademais, vem-se tornando ferramenta a cada dia mais indispensável para profissionais de diversas áreas.

Note-se que não se está a tratar, aqui, de lucro cessantes. O que se observa é que a privação do uso do bem, aliada à essencialidade do produto e ao seu valor de mercado são fatos relevante para a aferição do incômodo causado ao consumidor. Compreende-se facilmente, por exemplo, que o defeito numa camiseta ou num disco de música não causam, para o consumidor, o mesmo transtorno que o defeito em sua geladeira, sua máquina de lavar roupas ou seu automóvel.

É de se considerar, por outro lado, que no caso em tela não foi especificado pelo autor a necessidade do produto para uso profissional, tampouco existe notícia sobre haver em sua residência ou local de trabalho outros microcomputadores que pudesse utilizar. Nesse contexto, considerando-se as informações contidas nos autos, não se sobreleva a privação do uso da máquina na quantificação do dano moral.

6 É pacífico o entendimento de que o dano moral é indenizável, pretensão que encontra suporte nos artigos 186 e 944 do Código Civil, devendo o *quantum* ser fixado levando-se em consideração a extensão do dano sofrido, o grau de reprovabilidade da conduta e a capacidade econômica do réu, ante o caráter sancionatório da indenização.

Conforme assente na jurisprudência, a quantificação do dano deve, de um lado, compensar a vítima pelo abalo sofrido e, de outro, ter caráter pedagógico ao infrator, a fim de que não lhe seja infligida sanção irrelevante, incapaz de estimular uma mudança de comportamento.

Sobre o tema, registra-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

A fixação da indenização por dano moral deve revestir-se de caráter indenizatório e sancionatório, adstrito ao princípio da razoabilidade e, de outro lado, há de servir como meio propedêutico ao agente causador do dano. (REsp 582.047/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 17.2.2009)

No caso em apreço, deve-se levar em conta que o dano sofrido não atingiu de maneira brutal o autor, mas prolongou-se por longo período de tempo. Deve-se considerar, também, que o grau de culpabilidade é elevada, pois não apenas a fornecedora descumpriu acintosamente a norma contida no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, mas sujeitou o comprador a repetidamente buscar a assistência técnica para não resolver o problema e, em seguida, recusar-se a trocar o produto ou restituir o valor. O comportamento é absolutamente inaceitável e a capacidade econômica do agente é elevado (fato notório, cuidando-se de filial de multinacional com diversos endereços no Brasil e distribuição em todo o mercado nacional). Arbitra-se a indenização, por conseguinte, em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

A correção monetária será feita a partir da data deste julgamento (Súmula 362/STJ). Em relação aos juros moratórios, contam-se a partir do início do evento danoso (Súmula 54/STJ), incidindo juros legais de 0,5% ao mês na vigência do Código Civil de 1916 e de 1% ao mês a partir da vigência do Código Civil de 2002. Considera-se que o dano, no caso, teve início no primeiro dia subsequente ao exaurimento do prazo de 30 dias contados da primeira vez em que encaminhado o computador à assistência técnica. Conforme documento acostado a fl. 17, a entrega à assistência se deu em 5 de setembro de 2001, uma quarta-feira, exaurindo-se no dia 5 de outubro, sexta-feira. Juros de mora, portanto, contados a partir de 6 outubro de 2001.

7 Registre-se, por fim, que o acolhimento da decisão tem reflexos sobre a sucumbência, devendo incidir os honorários advocatícios no percentual estipulado na sentença.

8 Por todo o exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano moral arbitrada em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Correção monetária a partir da data desta decisão e juros de mora desde 6 de outubro de 2001.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2013.067196-4, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Trindade dos Santos

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. REVENDEDORA DE VEÍCULOS. VEÍCULO CEDIDO A CONSUMIDOR EM POTENCIAL PARA REALIZAÇÃO DE 'TEST DRIVE'. CONDUTOR QUE PERDE O CONTROLE DO VEÍCULO E COLIDE CONTRA ÔNIBUS. DANOS MATERIAIS DE ELEVADA MONTA NO AUTOMOTOR EM TESTE. INEXISTÊNCIA DE TERMO SUBSCRITO PELO POTENCIAL CONSUMIDOR ASSUMINDO EVENTUAIS RISCOS OU PREJUÍZOS DECORRENTES DO 'TESTE DRIVE'. TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO. RISCO CRIADO, COMO FERRAMENTA DE 'MARKETING', QUE DEVE SER SUPOSTADO PELA REVENDEDORA. VEÍCULO SEMINOVO. IRRELEVÂNCIA. MANIFESTAÇÃO RECURSAL CONHECIDA E DESPROVIDA.

Se, em suas estratégias de 'marketing', as revendedoras de veículos passaram a utilizar-se do chamado 'test drive' como uma ferramenta para atrair, seduzir e conquistar clientes, fornecendo ao potencial comprador uma experiência pré-consumo e, com isso, incrementando a porcentagem de êxito nas vendas e na consequente obtenção de lucro, pelo revés da moeda resulta-lhe como justo suportar o ônus pelos riscos que cria ao confiar o veículo ao adquirente em perspectiva.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.067196-4, da comarca de Balneário Camboriú (3ª Vara Cível), em que é apelante Dimas Comércio de Automóveis Ltda, sendo apelado Victor Agostinho Cuiabano Nascimento:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 13 de fevereiro de 2014, os Exmos. Srs. Des. Monteiro Rocha e João Batista Góes Ulysséa.

Florianópolis, 14 de fevereiro de 2014.

Trindade dos Santos

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Por não se conformar com a sentença que, na ação de reparação de danos decorrentes de acidente de trânsito por si aforada contra Vitor Agostinho Cuiabano Nascimento, julgou improcedentes os pedidos formulados na peça portal, interpôs Dimas Comércio de Automóveis Ltda recurso de apelação cível.

Em suas razões, alegou a apelante, em resumo, que a sentença recorrida erigiu-se sob o equivocado raciocínio de que o veículo abalroado pelo demandado estava sendo por ele utilizado para um *'test drive'*, afirmando que, conquanto tenha, na condição de concessionária autorizada, veículos novos e seminovos destinados única e exclusivamente para realização de *'test drive'*, o veículo objeto da demanda dentre eles não se incluía.

Em acréscimo, aduziu que o apelado retirou o veículo em questão de sua revendedora para que pudesse mostrá-lo aos seus familiares, assumindo assim, a integral responsabilidade sobre o bem a ele confiado, razão pela qual deverá indenizar os prejuízos que causou ao perder o controle do veículo, colidindo contra um ônibus pertencente à empresa Londpart S. A. Transportes Urbanos.

Invocou, à guisa de fundamentação, os arts. 182 e 927 do Código Civil e concluiu o apelo requerendo a reforma integral da provimento jurisdicional de primeiro grau, a fim de que seja o demandado condenado ao pagamento dos prejuízos que causou, segundo valores constantes na tabela Fipe, devidamente corrigido, a par das despesas processuais e honorários advocatícios.

Ao apelo foi emprestada resposta (fls. 160 a 174).

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação cível direcionado contra a sentença que, lançada nos autos de ação de reparação de danos em acidente de trânsito, promovida pela apelante contra Vitor Agostinho Cuiabano Nascimento, julgou improcedentes os pedidos deduzidos na inicial, condenando-a ao pagamento das despesas processuais e da verba sucumbencial.

Em suma, a pretensão formulada na ação reparatória em exame tinha como objetivo a condenação do recorrido ao pagamento dos prejuízos que causou à pessoa jurídica acionante, eis que, realizando um teste de direção com o intuito de adquirir o veículo Fiat/Palio Ex Flex, ano 2005, modelo 2006, placas MDU 4018, pertencente à empresa autora Dimas Comércio de Automóveis Ltda, envolveu-se em acidente de trânsito que teve como consequência a perda total do bem.

Sentenciando o feito, a Togada de primeiro grau julgou improcedente a pretensão reparatória, por entender que os riscos inerentes ao oferecimento de veículos em *'test drive'* são exclusivos da concessionária autora, aliado ao fato de que não restou comprovado nos autos que o condutor foi expressamente informado que viria a ser responsabilizado em caso de acidente.

A decisão a propósito lançada foi acertada e não está a comportar reparos!

Revelando a hipótese submetida ao crivo recursal, de pleito de indenização por danos materiais, não acolhidos no primeiro grau de jurisdição, é de se ressaltar que, nos exatos termos do art. 186 da atual Carta Civil, ao traçar o legislador as arestas da responsabilidade civil no direito pátrio, tornou responsável pela indenização dos danos aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar prejuízos a outrem, ainda que exclusivamente moral.

Disso decorre condicionar-se, em geral, a integração da responsabilidade civil à coexistência de uma conduta voluntária do agente, do elemento subjetivo dolo ou culpa, de um resultado danoso, tudo vinculado entre si, a ponto de afirmar-se um nexo causal entre a conduta dolosa ou culposa e os danos sofridos pelo ofendido.

Saliente-se, por primeiro, ser incontroversa a ocorrência do acidente de trânsito relatado na petição inicial, no dia 16-7-2009, na Estrada da Rainha, município de Balneário Camboriú, bem como os danos materiais dele decorrentes, ou seja, a perda total do veículo Fiat/Palio precedentemente descrito, de propriedade da empresa Dimas Comércio de Automóveis Ltda, conduzido, quando da colisão, pelo demandado Vitor Agostinho Cuiabano Nascimento.

Restou igualmente inequívoco nos autos, pelos próprios relatos contidos na petição inicial e na contestação, que o acionado conduzia o veículo Fiat/Palio sinistrado, no dia dos fatos (16-7-2009), na condição de potencial comprador, por ter se dirigido à empresa Dimas com tal objetivo, interessando-se pelo Fiat/Palio em questão, que lhe foi então entregue para que efetuasse um teste de direção e qualidade, ou, segundo nomenclatura popularizada, um *'test drive'*.

Essas circunstâncias que deram ensejo à entrega do veículo pela

empresa Dimas ao acionado, é de se ver, afastam a possibilidade de imputar a este o dever reparatório perseguido nos autos, não se enquadrando a situação dentre aquelas hipóteses passíveis de reparação.

Como resultado da evolução no trato dos institutos jurídicos que integram a responsabilidade civil, nasceu a teoria do risco da atividade empresarial, em especial no que se refere aos casos sob a égide da legislação protetiva consumerista, impondo ao empresário os encargos pelos danos decorrentes dos serviços que presta ao público e dos produtos que insere no mercado de consumo.

Isto porque, não se pode ignorar que o risco, dentro de uma interpretação mercadológica sistemática, constitui um dos elementos intrínsecos à atividade empresarial, ou seja, a outra face da busca pelo lucro.

Em decorrência disso, consoante apregoa a teoria do risco da atividade empresarial, ou, na expressão *ubi emolumentum, ibi onus*, entende-se que ‘onde está a vantagem, deve estar o ônus’, ou, em outros dizeres, ‘não há proveito sem custo’.

Ora, se, em suas estratégias de ‘marketing’, as revendedoras de veículos passaram a utilizar-se do *‘test drive’* como uma ferramenta para atrair, seduzir e conquistar clientes, fornecendo ao potencial comprador uma experiência pré-consumo e, com isso, incrementando a porcentagem de êxito nas vendas e na conseqüente obtenção de lucro, pelo revés da moeda resulta-lhe como justo suportar o ônus pelos riscos que gera ao confiar o veículo ao adquirente em perspectiva.

Logo, o ônus, por fato previsível e inerente à atividade empresarial, somente pode recair sobre aquele que exercer a atividade lucrativa, ou seja, o empresário, que facilitou o risco ao criar o *‘test drive’*.

A propósito, valiosas as considerações de Rizzato Nunes, quando, ao tratar do princípio do risco da atividade econômica, diz:

Quem quiser, portanto, se estabelecer produzindo pneus, abrindo bancos, vendendo produtos e serviços, pode fazê-lo, mas corre o risco da atividade. É por isso que, quando se vai estudar responsabilidade civil objetiva na Lei n. 8.078, vê-se que ela foi estabelecida de forma clara e precisa, impedindo qualquer possibilidade daquele fabricante, produtor, prestação de serviço etc se esquivar. Esse risco fará com que aquele que vai ao mercado oferecer produtos e serviços assumam integralmente a responsabilidade por eventuais danos que seus produtos e serviços possam causar aos consumidores, assim como, repita-se, impede que, mediante cláusula contratual, ele seja repassado ao consumidor.

É preciso que se afirme esse princípio do risco com todas as letras: a decisão de empreender é livre; o lucro decorrente dessa exploração é legítimo; o risco é total do empreendedor. Isso implica que, da mesma forma como ele não repassa o lucro para o consumidor, não pode, de maneira alguma, passar-lhe o risco (*Curso de direito do consumidor*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 107).

Em semelhante sentido, obtemperam Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, invocados por Rui Stocco:

Pela teoria do risco proveito, responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo, *ubi emolumentum, ibi onus*. O suporte doutrinário dessa teoria, como se vê, é a ideia de que o dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito ou vantagem do fato lesivo. Quem colhe os frutos da utilização de coisas ou atividades perigosas deve experimentar as consequências prejudiciais que dela decorrem (*Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 9. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. 1, p. 219).

No contexto posto, cabia à concessionária autora precaver-se contra o risco criado com a prática mercadológica do *'test drive'*, através de

medidas, *verbi gratia*, como a contratação de seguro, a pactuação de termo de orientação e responsabilidade do pretenso comprador, precedentemente à entrega do veículo, ou a realização de testes de direção sob a supervisão e acompanhamento de um de seus prepostos, em área segura e com riscos reduzidos.

Não há demonstração, contudo, de que a acionante tenha tomado qualquer iniciativa para reduzir o risco criado, ou que tenha o demandado assumido qualquer responsabilidade, ao fazer o ‘*test drive*’, por eventuais acidentes ou colisões, não havendo nos autos nenhum documento a propósito por ele subscrito, documento esse que tornaria, consoante majoritário entendimento jurisprudencial, inequívoca a assunção do risco pelo potencial consumidor ao empreender o teste do veículo.

Nesse viés, posicionou-se o Tribunal de Justiça do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - ABALROAMENTO TRANSVERSAL - VEÍCULO RETIRADO DE REVENDA DE AUTOMÓVEIS PARA REALIZAÇÃO DE “*TEST DRIVE*” - APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA - TEORIA DO RISCO DE EMPREENDIMENTO - RESPONSABILIDADE DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL - [...]

1.- A relação inter partes configura-se como relação de consumo. Assim, a responsabilidade das revendas de veículos, nos termos da legislação consumerista, têm o dever, conforme a teoria do risco do empreendimento de responder por eventuais ocorrências advindas de serviços colocados à disposição de seus clientes

2 - [...] (Ap. Cív. n. 0557666-1, de Santo Antônio do Sudoeste, rel. Juiz Subst. 2º Grau Sérgio Luiz Patitucci, j. 12-3-2009).

Acolhendo a teoria do risco do empreendimento em situações de ‘*test drive*’, já assentou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, *mutatis mutandis*, que:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO DURANTE *TEST DRIVE*. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA. TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO.

1. Evidencia defeito na prestação do serviço, configurador da responsabilidade objetiva prevista no art. 14 do CPC, por danos materiais decorrentes de acidente de trânsito, a falta de segurança na disponibilização de *test drive* a pessoa inexperiente na condução de veículo com sistema de freios ABS, em via de tráfego intenso, sem os devidos esclarecimentos quanto às especificidades do modelo automobilístico.

2. A responsabilidade do fornecedor somente é excluída por ato de terceiro, com base no art. 14, §3º, do CDC, quando inexistir defeito no serviço prestado.

3. Recurso conhecido e desprovido (Ap. Cív. n. 720225, 20121010088927, rel. Des. Getúlio de Moraes Oliveira, j. 2-10-2013).

[...] A EMPRESA CONCESSIONÁRIA QUE PERMITE O USO DE VEÍCULO DE SUA PROPRIEDADE PARA EXAME (“TEST-DRIVE”) DO PRETENDENTE AO NEGÓCIO ASSUME, COM ISSO, RESPONSABILIDADE, NESSA EMPREITADA, POR QUALQUER DANO PORVENTURA CAUSADO A OUTREM, SALVO O DOLO CRIMINOSO PRATICADO PELO MOTORISTA [...] (Ap. Cív. n. 20010110678500, rel. Des. Eduardo de Moraes Oliveira, j. 8-11-2004).

A Corte de Justiça gaúcha, em interpretação às avessas, em situação na qual o adquirente em perspectiva subscreveu termo de responsabilidade, enunciou:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO.

O demandado, ao fazer test-drive com motocicleta de propriedade da autora, causou acidente e danos no veículo. Responsabilidade civil do mesmo, com base na culpa, ou seja, na imperícia demonstrada. Documento firmado pelo

réu em que assume a responsabilidade por eventuais acidentes durante o teste da motocicleta. APELAÇÃO NÃO PROVIDA (Ap. Cív. n. 70024227662, rel. Des. Cláudio Balbino Maciel, j. 12-6-2008).

Da consulta ao repertório jurisprudencial deste Tribunal, alcança-se precedente, que, analisando caso bastante similar, entendeu pela ausência de responsabilidade do potencial consumidor, em acórdão da lavra do Des. Cesar Abreu, *in verbis*:

ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO OCORRIDA DURANTE *TEST DRIVE*. COBRANÇA DO RESSARCIMENTO DOS DANOS PELA CONCESSIONÁRIA. PRETENSÃO INCABÍVEL. PRÁTICA COMERCIAL PARA ATRAIR OS CONSUMIDORES INTERESSADOS NA AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS. RISCO DE ACIDENTES INERENTE À PRÁTICA. AUSÊNCIA DE TERMO DE RESPONSABILIDADE ASSINADO PELO CONSUMIDOR. PROVIMENTO DO RECURSO (Ap. Cív. n. 2007.013698-0, de Chapecó, rel. Des. Cesar Abreu, j. 9-9-2010).

E, do corpo do aresto, extrai-se:

Ainda que se admita que o sinistro foi causado pelo apelante, não lhe deve ser atribuída a responsabilidade civil pelos danos ocasionados.

Isso porque ele conduzia o veículo quando realizava o chamado *test drive*, na condição de interessado em adquirir um automóvel similar da empresa apelada.

Cuida-se de prática comercial comum entre as concessionárias, que oferecem a seus consumidores a possibilidade de dirigir um veículo de sua propriedade para que o interessado possa decidir-se pela compra do bem. Assume, assim, caráter de atrativo para incrementar as vendas da empresa.

Nesse contexto, não parece razoável pretender eximir-se dos riscos inerentes a tal prática, imputando aos potenciais consumidores o dever de indenizar os

eventuais danos causados na condução dos veículos de sua propriedade, especialmente quando nem sequer foi comprovado que o condutor foi expressamente informado de que viria a ser responsabilizado no caso de acidentes.

In casu, não foi trazido pela empresa de veículos nenhum documento nesse sentido, como um termo assinado pelo apelante, assumindo o dever de indenizar eventuais danos causados ao automóvel durante o *test drive*.

[...]

Ora, a concessionária oferece aos interessados em adquirir seus veículos a oportunidade de fazer um teste de direção, ciente dos riscos da ocorrência de um acidente de trânsito, razão pela qual deveria precaver-se por meio da contratação de seguro ou, ao menos, da assinatura de termo de responsabilidade do condutor interessado de que eventuais danos causados seriam dele cobrados.

Mostra-se incabível, porém, usufruir dos benefícios que a prática comercial lhe traz sem assumir os riscos dela decorrentes, exigindo do consumidor a reparação dos danos advindos de acidente com o automóvel de sua propriedade.

Em adição a tudo o que dissemos até agora, convém esclarecer que não é indispensável que o veículo em teste seja somente de demonstração, ou seja, exclusivo para '*test drive*', bastando, em verdade, que seja o automóvel, novo ou usado, entregue ao potencial consumidor para que seja testado e avaliado como parte da experiência de aquisição.

Por derradeiro, bem lançadas foram as seguintes ponderações da sentença recorrida, as quais, por apego ao debate, passamos a transcrever (fls. 129 a 130):

Quanto à tese aventada na réplica, no sentido de não ter sido um *test drive* sob o argumento de que o veículo não foi adquirido com o fim de demonstração, visando a venda de um similar, é evidente que não merece guarida.

Ora, a própria autora, por diversas vezes na inicial, disse que o réu foi realizar um *test drive*. Todavia, ao tomar conhecimento da impossibilidade de condenação nesses casos, em virtude dos argumentos contestatórios, veio a dizer na réplica que, em verdade, não era um *test drive*.

Inobstante, um *test drive*, como o próprio nome sugere (teste de direção), não necessita da compra de um veículo próprio para isso, muito menos que o veículo seja da marca que a concessionária revende – caso ela também efetue venda de automotores usados – mesmo porque, nesses casos, a concessionária também aufere lucro, na medida em que avalia os carros dados em pagamento muito abaixo da tabela FIPE para poder revender pelo preço da referida tabela e, assim, lucrar tanto na venda do novo, como do usado.

Nesse raciocínio, disponibilizado o *test drive* do veículo Pálio para o réu decidir acerca da compra, na qual, repita-se, também daria lucro para a concessionária ré, não há razão para não se aplicar a teoria do risco da atividade, notadamente por se tratar – o teste de direção – de atrativo para incrementar as vendas da empresa, seja de veículo novo, ou usado.

Dessa forma, é de se negar provimento ao recurso promovido pela pessoa jurídica autora.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2013.069254-2, de Criciúma

Relator: Des. Trindade dos Santos

DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. NOTA JORNALÍSTICA QUE ESTABELECE IRONIA COM O APELIDO DE FAMÍLIA DO AUTOR. OFENSA À HONRA E À IMAGEM DO POSTULANTE. NÃO EVIDENCIAÇÃO. JORNALISTA QUE AGIU NOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. CONFIRMAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL DESPROVIDA.

1 A liberdade de expressão, como constitucionalmente assegurado, há que ser exercida de forma livre, permanentemente livre, constituindo-se essa liberdade em essência do próprio Estado democrático de direito, respondendo aquele que a exerce, via imprensa escrita, no entanto, por eventuais excessos que acarretem agressão aos direitos da personalidade do indivíduo, pois, da mesma forma, assegura a nossa Lei Maior proteção à honra, à imagem e à vida privada das pessoas.

2 Nesse contexto, nota jornalística que faz ironia com o apelido de família de alguém, permitindo uma dúbia interpretação, mas apenas se utilizando de uma figura de linguagem, e que, segundo o destinatário da nota, ofende a sua condição de trabalhador, não tem potencial suficiente para justificar uma indenização por dano moral. É, no máximo, a atribuição de uma qualidade negativa a alguém, se apresentando como um mero dissabor, sem o matiz de injúria, calúnia ou difamação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.069254-2, da comarca de Criciúma (3ª Vara Cível), em que é apelante Julio Cesar Zavadil, sendo apelados Jornal A Tribuna S/A e Dilnei Lopes:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 27 de fevereiro de 2014, os Exmos. Srs. Des. João Batista Góes Ulysséa e Gilberto Gomes de Oliveira.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2014.

Trindade dos Santos

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Inconformado com a sentença que, nos autos da ação de indenização por danos morais por si aforada contra Jornal A Tribuna S. A. e contra Dilnei Lopes, julgou improcedente o pedido formulado na inicial, interpôs Júlio Cesar Zavadil recurso de apelação.

Em suas razões, informou ter o Jornal A Tribuna publicado nota escrita pelo jornalista Dilnei Lopes que nitidamente o chama de “vadio”, por meio de um trocadilho com o seu sobrenome “Zavadil”.

A notícia, veiculada tanto no caderno impresso quanto no sítio eletrônico da empresa, registrou o insurgente, o atacou no mais íntimo sentimento de dever cumprido, de fidelidade e de representatividade de toda uma categoria de trabalhadores, visto que como se pode verificar da sua trajetória de vida mencionada na peça exordial, vadio é uma palavra cujo significado desconhece.

Sustentou ter ficado claro nos autos o excesso cometido pelos requeridos quanto ao direito constitucional da livre manifestação de pensamento, ferindo a sua dignidade, adentrando, outrossim, no campo ilícito que autoriza o dano moral.

Em arremate, postulou a reforma do *‘decisum’* singular, com a consequente inversão dos ônus sucumbenciais.

Ao apelo foram ofertadas contrarrazões.

VOTO

Via recurso de apelação, objetiva o insurgente alcançar a reversão do comando sentencial de primeiro grau, pelo qual foi rejeitado o pedido de indenização por danos morais por ele endereçado aos recorridos Jornal A Tribuna S. A. e Dilnei Lopes.

De um breve apanhado dos fatos que levaram à propositura da demanda reparatória e das provas colacionadas aos autos, tem-se que, consoante exposto na inicial, é o recorrente bancário, membro da Diretoria do Sindicato dos Bancários e Financieiros de Criciúma e Região desde o ano de 2000, sendo, também, coordenador do Fórum Regional Sul de Saúde do Trabalhador (FRSST) desde 2002 e coordenador da Associação de Defesa dos Vitimados pelo Trabalho das regiões da AMREC, AMESC e AMUREL, dedicando a sua vida à defesa dos direitos à saúde e à segurança de diversos trabalhadores.

Registrou que, inclusive, o seu trabalho dentro da associação lhe rendeu o prêmio de Exemplo Voluntário, no ano de 2006.

Ato contínuo, relatou que no dia 26-5-2011 foi realizada a cerimônia de inauguração do CEREST – Centro de Referência em Saúde do Trabalhador, ato solene que foi marcado por protestos e manifestações dos sindicalistas por si liderados, enquanto coordenador do FRSST, já que foram ignorados pelo Prefeito Municipal que não os convidou para o evento.

Sobre a manifestação ocorrida, pronunciaram-se os jornais locais, publicando diversas matérias e fotos do evento, que se findou após a intervenção policial (fls. 89 a 94).

E, no dia 30-5-2011, o jornal demandado publicou matéria sobre o

movimento sindical ocorrido, de autoria do jornalista requerido, que teria supostamente atentado contra a honra do autor, cujo teor é o seguinte:

Líder Trabalhista

Que ironia hein? À vezes os sobrenomes pregam peças. O coordenador do movimento trabalhista da cidade, que liderou o protesto na semana passada, que culminou com a chegada da polícia na tumultuada inauguração do Ce-rest, se chama Julio Zavadil (fl. 96, grifo no original).

De acordo com o demandante, a veiculação da nota ultrapassou o direito à crítica e à informação, denegrindo sua honra e imagem perante a sociedade e a si mesmo, aduzindo que tal nota avançou no campo da ilicitude, ofendendo a sua honra subjetiva e objetiva.

Sintetizados dessa forma os contornos do litígio instaurado e concluindo a sentença pela inocorrência de ato ilícito ensejador da reparação extrapatrimonial, solução da qual diverge o recorrente, é de se examinar a matéria recursal por ele trazida à baila, objetivando ver respaldada, em segundo grau de jurisdição, a sua pretensão reparatória.

Com efeito, a Constituição da República assegura em seu art. 5.º, inc. IX, ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, proclamando, por outro lado, no inciso X do mencionado artigo, 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”.

Como se nota, ao mesmo tempo em que assegurou o direito ao livre exercício da imprensa, salvaguardou a Carta Magna os direitos da pessoa ofendida diante da manifestação de pensamentos e informações prestadas pelos meios de comunicação.

Disso se conclui que o direito de informar deve se manter dentro de certos limites, quais sejam, aqueles impostos pelo fim econômico, pelo fim social e pela boa-fé, de maneira que, extrapolados esses aspectos, haverá um conflito direto com a honra das pessoas referidas nas notícias divulgadas.

Nesse passo, cumpre registrar que:

[...] quem divulga uma informação, dizem os autores, divulga a existência de um fato, a ocorrência de um acontecimento, de um trecho da realidade, dados objetivamente apurados, por isso está vinculado à veracidade e à imparcialidade (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Renovar. p. 24-25, apud CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.114).

Portanto, é imprescindível que os meios de comunicação estejam em constante alerta e vigilância, controlando todas as informações divulgadas, de maneira fidedigna, a fim de pautar a sua atividade pela ética e pela correção.

É nesse sentido o voto da Ministra Nancy Andrighi no acórdão proferido no Recurso Especial n.º 984.803/ES (DJe 19-8-2009), ao salientar que o “compromisso fundamental do jornalista é com a verdade dos fatos, e seu trabalho se pauta pela precisa apuração dos acontecimentos e sua correta divulgação”.

No caso em apreço, ainda que sucintamente, a nota divulgada pelos demandados diz respeito à manifestação que aconteceu no ato inaugural do CEREST - Centro de Referência em Saúde do Trabalhador, comentando o jornalista, em tom de ironia, o fato de que o demandante, pessoa conhecida por lutar em prol dos direitos dos trabalhadores, ter

em seu patronímico o fonema “vadiil”, que remonta a “vadio”, palavra totalmente fora do seu contexto e história de vida.

Como bem ressaltou o douto magistrado na sentença singular: “Em outros termos, o texto mostra o autor da demanda como pessoa comprometida com o trabalho, justamente o contrário da acepção da palavra ‘vadio’, que rima com ‘Zavadil’, por isso, para o articulista, existe ironia” (fl. 135).

E da leitura do texto não há como se inferir outro entendimento senão o esposado pelo julgador de primeiro grau. Até porque, não deixou dúvidas o escritor de que era isso que queria transmitir, quando no início de sua frase já deixou assente: “Líder Trabalhista, que ironia hein?”.

Destarte, não tendo o subscritor da nota divulgado qualquer fato inverídico ou ofensivo com o intuito de denegrir a imagem e honra do recorrente, não há como falar-se, conseqüentemente, em injúria ou difamação, porquanto agiu o demandado nos limites do seu direito de manifestar seu pensamento.

Da leitura do artigo, outrossim, não se denota qualquer prejuízo moral ao demandante, tendo em vista que apenas ficaram expostas a opinião do seu autor em face dos fatos noticiados e da ironia que observou ele, sem, contudo, atingir o autor mediante ofensas pessoais.

A respeito, leciona Darcy Arruda Miranda que:

[...] o que a lei pune é o abuso, não a crítica. Um não se confunde com a outra. Uma coisa é criticar o homem público apontando-lhe as falhas e os defeitos na esfera moral e administrativa, outra é visar intencionalmente ao seu desprestígio, colocá-lo no ridículo, pôr em xeque o princípio de autoridade ou arrastar o seu nome para o pantanal da difamação, que não atinge apenas o indivíduo atacado, mas também a sua família, o seu lar e até os seus amigos. Isto, sim, constitui crime e dos mais graves, além de revelar o caráter

mesquinho e perverso de seu autor (*Comentários à lei de imprensa*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 467 e 487).

A propósito, observa Aparecida I. Amarante:

O limites de proteção da honra individual, quanto à divulgação dos fatos pertinentes à vida humana, assentam-se em dois princípios: interesse público e liberdade de expressão. A vida de determinadas pessoas, seja pelo exercício de função pública estatal, seja de atividade ligada ao público (cinema, televisão, imprensa, teatro, etc.), tem na publicidade grande fato de sucesso. A expectativa do público em relação a fatos da vida privada dessas pessoas restringe-lhes o âmbito desta esfera, quanto maior for a notoriedade.

Dessa forma, mesmo que na ofensa à honra no campo civil seja indiferente a veracidade ou não do fato considerado lesivo, a permissibilidade de sua divulgação está contida apenas no interesse público justificado e, nesse caso, a divulgação deve referir-se a fato verdadeiro. Pode ocorrer que a divulgação de certos fatos verdadeiros corresponda a um interesse social, como os que ocorrem nas relações profissionais. Mesmo que um fato seja tido por desonroso, como nas informações bancárias, a finalidade da informação justifica extravasar a notícia do fato.

[...] Fato de interesse público, segundo Mario Are, é todo aquele que reflete apreciável interesse da coletividade, como o comportamento de personalidade política, a procura dos autores de crime, a verificação de acontecimento particularmente significativos...

Se a finalidade é diversa, isto é, se o agente divulga fato relativo a terceiro ou terceiro, com o só intuito de expô-lo ao menosprezo, ódio, humilhação, ridículo, configura-se o atentado à honra (*Responsabilidade civil por dano à honra*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 76, grifo nosso).

Nos dizeres sempre respeitados de Antonio Jeová dos Santos:

De ponderar que as pessoas que se tornam notórias, conhecidas pelo público em geral, normalmente atraem sobre si manifestações e juízos de valoração nem sempre favoráveis, por melhores que sejam tais pessoas.

[...]

Porque a notícia que envolve funcionários ou agentes públicos interessa não apenas para dar conhecimento do que se sabe, como também, igualmente, para criticar, pois a crítica, nesses casos, constitui em eficaz instrumento para controle dos atos do governo e para que a comunidade possa valorar e apreciar os assuntos de interesse geral provenientes daqueles que atuam na esfera do poder. [...] A proteção jurídica dessas pessoas, não deve ser observada com o mesmo rigor das pessoas simples, que não detêm nenhuma fração do poder. Justifica-se a crítica, portanto, mesmo quando diga respeito a condições pessoais do agente, como a sua incompetência ou ineficiência na atividade que exerce (*Dano moral indenizável*. 3. ed. São Paulo: Método, 2001. p. 358-359).

Averba, outrossim, o mesmo civilista, trazendo à baila os comentários de Zavala de Gonzales:

Sendo da essência de um sistema republicano garantir o direito de crítica da atuação dos funcionários públicos, não podem ser consideradas lesivas da honra expressões que, embora estimadas como inapropriadas ou excessivamente duras, estritamente não vão mais além do exercício regular daquele direito, sem referir-se às qualidades pessoais de quem entenda esteja sendo ofendido, mas à eficácia ou êxito de sua gestão. Ou, como acentua Sílvio de Salvo Venosa:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar indenização. Aqui também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se

aborrece com fatos diuturnos da vida, nem do homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há formulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contra-posição reflexa da alegria é uma constante do comportamento universal (*Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4, p. 33).

Consequência disso, é que:

O exercício da crítica não pode ser usado como pretexto para atos irresponsáveis, porque isso pode implicar em mácula de difícil reparação à imagem de outras pessoas – o que é agravado para aquelas que têm pretensões políticas, que, para terem sucesso nas urnas, dependem da boa imagem pública perante seus eleitores, notadamente em cidades pequenas, onde todos se conhecem e os assuntos dessa natureza viram tema principal entre os moradores. As disputas políticas devem ocorrer sempre no campo ideológico, não no pessoal. Na espécie, não se tratou de mera crítica política ao recorrente, mas de imputação de conduta cuja reprovabilidade é evidente. Deve-se lembrar que a garantia constitucional de liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV) deve respeitar, entre outros direitos e garantias fundamentais protegidos, a honra das pessoas, sob pena de indenização por dano moral provocado, como decorre do art. 5, V e X, da CF. Não se deve confundir, por consequência, liberdade de expressão com irresponsabilidade de afirmação (STJ, Resp n. 801.249/SC, rela. Mina. Nancy Andrihi, DJe 17-9-2007).

Na mesma linha de raciocínio, expôs o Supremo Tribunal Federal:

[...] O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de

inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. [...] (ADPF n. 130, rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 30-4-2009, grifo nosso).

Nessa toada tem-se o acórdão da lavra do Min. Jorge Scartezzini do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - LEI DE IMPRENSA - ACÓRDÃO - OMISSÃO - AFRONTA AO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - ART. 49 DA LEI Nº 5.250/67 - DIREITO DE INFORMAÇÃO - *ANIMUS NARRANDI* - EXCESSO NÃO CONFIGURADO - REEXAME DE PROVA - INADMISSIBILIDADE - SÚMULA 07/STJ - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA - RECURSO NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

3. No que pertine à honra, a responsabilidade pelo dano cometido através da imprensa tem lugar tão-somente ante a ocorrência deliberada de injúria, difamação e calúnia, perfazendo-se imperioso demonstrar que o ofensor agiu com o intuito específico de agredir moralmente a vítima. Se a matéria jornalística se ateve a tecer críticas prudentes (*animus criticandi*) ou a narrar fatos de interesse coletivo (*animus narrandi*), está sob o pálio das “excludentes de ilicitude” (art. 27 da Lei nº 5.250/67), não se falando em responsabilização civil por ofensa à honra, mas em exercício regular do direito de informação.

4. O Tribunal *a quo*, apreciando as circunstâncias fático-probatórias, é dizer, todo o teor das reportagens, e amparando-se em uma visão geral, entendeu pela ausência de dano moral, ante a configuração de causa justificadora (*animus narrandi*), assentando, de modo incontroverso, que os recorridos não abusaram do direito de transmitir informações através da imprensa, atendo-se a narrar e a licitamente valorar fatos relativos a prostituição infanto-juvenil, os quais se encontravam sob apuração policial e judicial, obtendo ampla repercussão em virtude da autoridade e condição social dos investigados. Maiores digressões sobre o tema implicariam o reexame da matéria probatória, absolutamente vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 07 da Corte. Precedentes. [...] (REsp n. 719.592/AL, j. 12-12-2005, grifo nosso).

Em casos análogos ao dos autos, extrai-se da jurisprudência do Tribunal do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MATÉRIA PUBLICADA NO JORNAL LOCAL. CONTEÚDO QUE NÃO SE MOSTRA DESABONATÓRIO. DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS.

O direito à indenização por dano moral somente deve ser caracterizado quando há constrangimento ilegal ou abusivo, violando os direitos de personalidade do indivíduo.

Hipótese em que o teor da matéria publicada limitou-se a narrar os fatos que aconteceram, sem transbordar o ofício da atividade jornalística e sem apresentar conteúdo desabonatório à honra e a imagem da autora.

RECURSO IMPROVIDO (Ap. Cív. n. 70046980447, rel. Des. Sergio Luiz Grassi Beck, j. 29-5-2013, grifo nosso).

E, desta Corte de Justiça:

DIREITO CIVIL - OBRIGAÇÕES - RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - REPORTAGEM PUBLICADA EM JORNAL LOCAL - DANOS MORAIS - PROCEDÊNCIA EM 1º GRAU - IRRESIGNAÇÃO DA RÉ - OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA INEXISTENTE - ACOLHIMENTO - OFENSA À HONRA DO AUTOR INDEMONSTRADA - TEXTO NÃO OFENSIVO - *ANIMUS NARRANDI* - DEVER DE INDENIZAR AFASTADO - RECURSO PROVIDO - SENTENÇA REFORMADA - AÇÃO PRINCIPAL VENCIDA PELA LITISDENUNCIANTE - DENUNCIAÇÃO DA LIDE PREJUDICADA.

Inexistentes o animus caluniandi, injuriandi e difamandi em matéria supostamente depreciativa, improcede o pedido de indenização por danos morais, quando o estabelecimento jornalístico apenas narra fatos noticiosos, sendo descabida a indenização por danos morais.

Julgada improcedente a ação principal, resta prejudicada a denúncia da lide (Ap. Cív. n. 2011.022391-8, de Mafra, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 8-8-2013).

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ARTIGO EDITORIAL PUBLICADO EM PERIÓDICO QUE CRITICOU A ATUAÇÃO DO AUTOR, PROCURADOR DA REPÚBLICA, NA INVESTIGAÇÃO DE SUPOSTOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA ESCOLA DO TEATRO BOLSHOI. ALEGADA OFENSA À HONRA, MORAL E À IMAGEM. COMENTÁRIOS QUE SE LIMITARAM À EMISSÃO DE OPINIÃO ACERCA DA ATUAÇÃO DO AUTOR, ESTANDO DESVESTIDAS DAS TONALIDADES DA INJÚRIA, DA CALÚNIA E DA DIFAMAÇÃO. DEMANDANTE QUE OCUPA CARGO PÚBLICO, EXERCENDO ATIVIDADE QUE ENCONTRA NA CRÍTICA SITUAÇÃO DE ABSOLUTA NORMALIDADE. ABALO MORAL NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

Não havendo as cores da injúria, da calúnia e da difamação no artigo veiculado, não há qualquer abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação. Somente quando a publicação desbordar destes limites é que haverá a obrigação de reparar os danos eventualmente gerados. [...] (Ap. Cív. n. 2011.069493-5, de Joinville, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 20-6-2013).

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUTOS CONCLUSOS A ESTE RELATOR EM 19.12.2011. ALEGAÇÃO DE QUE NOTAS PUBLICADAS NO JORNAL DO SINDICATO DOS ODONTOLOGISTAS DE SANTA CATARINA CAUSARAM OFENSAS À HONRA E DIGNIDADE DO ENTÃO PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA (CRO/SC). ANIMUS CALUNIANDI OU DIFAMANDI NÃO VERIFICADO. MERO *ANIMUS NARRANDI* DE FATOS ENVOLVENDO SITUAÇÕES COTIDIANAS OCORRIDAS NO CONSELHO DURANTE A GESTÃO DO AUTOR. AUSÊNCIA DE AFIRMAÇÕES QUE DESABONASSEM A HONRA DO EX-PRESIDENTE. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. ABALO À MORAL NÃO CARACTERIZADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Meras referências a uma situação de fato publicadas em periódico sem o ânimo nem o efeito de atingir a honra de outrem não configuram dano moral passível de indenização (Ap. Cív. n. 2008.026134-1, da Capital, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 28-2-2012).

De modo igual, dissemos:

DANOS MORAIS. INJÚRIA E DIFAMAÇÃO. DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS QUE ATENTAM CONTRA A HONRA E A IMAGEM DO APELANTE. MATÉRIAS QUE CRITICAM A ATUAÇÃO DO AUTOR NA ATRIBUIÇÃO DO CARGO DE CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. EMPRESA JORNALÍSTICA QUE ATUOU NOS LIMITES DO DIREITO À CRÍTICA E À INFORMAÇÃO. ATO ILÍCITO NÃO EVIDENCIADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECLAMO DESPROVIDO.

1 A liberdade de imprensa é, inegavelmente, um direito inalienável de todos aqueles que operam sistemas de informações, consistindo tal direito em uma das mais relevantes garantias constitucionais, como verdadeiro pilar que é do próprio Estado democrático de direito. Não pode ele, entretanto, ser exercido de forma abusiva e incosequente, entrando em ostensiva colisão com os direitos da personalidade, como o são a honra, a imagem e a vida privada,

direitos esses da mesma forma protegidos constitucionalmente. Se exercitado tal direito de modo prudente e sem abusos, dentro dos limites da informação e evidenciado o nítido interesse social, não há qualquer ato ilícito ensejador de indenização por danos morais, ainda que contenha a informação críticas acirradas ao praticante do ato noticiado

[...] (Ap. Cív. n. 2013.041930-2, de Palhoça, j. 29-8-2013).

Mesmo porque, acaso fosse a real intenção da nota publicada e que deu ensejo ao processo indenizatório aqui em epígrafe, a de efetivamente taxar o apelante de ‘vadio’, o que é veementemente negado pelo jornalista demandado, tal equivaleria, não uma agressão à honra ou à imagem propriamente ditas, mas sim, apenas, a atribuição ao recorrente de uma qualidade negativa.

E, consoante gizou o Tribunal de Justiça do Paraná:

DIREITO CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - NOTÍCIA PUBLICADA EM JORNAL COM CONTEÚDO JORNALÍSTICO/INFORMATIVO - ADJETIVAÇÃO QUE CAUSA MERO DISSABOR - INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – EXCESSO - ADEQUAÇÃO - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

1. Aquele que denuncia possível conduta ilícita, sem o propósito de ofender, o faz em exercício regular de direito, inexistindo, portanto, o dever de indenizar, mesmo quando tal notícia é publica em jornal local de conteúdo eminentemente jornalístico/informativo.

2. Inexiste, do mesmo modo, ofensa indenizável quando, por uma única publicação em jornal, se atribui a outrem qualidade negativa, posto que, diante de sua singeleza, se apresenta como mero dissabor e, portanto, sem o condão de justificar uma indenização por dano moral.

3. Os honorários advocatícios devem atender os parâmetros do artigo 20, §

4º, do CPC.

Recurso conhecido e provido apenas para reduzir a verba honorária (Ap. Cív. n. 0123439-1, rel. Des. Vitor Roberto Silva, 2ª CCív., j. 23-10-2002).

E, como de sabença, preconizam os arts. 186 e 927, do Código Civil, que se alguma ação ou omissão, seja por negligência ou imprudência, violar direito de outra pessoa causando-lhe danos de ordem patrimonial e extrapatrimonial, comete o agente ato ilícito passível de reparação.

De mister se faz, portanto, o preenchimento de alguns requisitos para a caracterização da responsabilidade civil reparatória.

Como explicita Humberto Theodoro Júnior:

A caracterização genérica do ato ilícito absoluto (ato ilícito *stricto sensu*), segundo a definição legal do art. 186, exige a conjugação de elementos objetivos e subjetivos.

I - Os *requisitos objetivos* são: a) a conduta humana antijurídica; b) o dano; e c) o nexo de causalidade entre a conduta humana e o dano.

II - os *requisitos subjetivos* são: a) a imputabilidade; e b) a culpa em sentido lato (dolo ou culpa em sentido estrito).

O fato de o Código Civil, em alguns casos prever responsabilidade civil sem os requisitos subjetivos, não cria uma contradição em seus termos, mas apenas evidencia que o *ato ilícito absoluto* (ato ilícitos *stricto sensu*) não é a única fonte de obrigação de indenizar, ou seja, essa obrigação também pode provir de *atos-fatos* e até de simples *fatos ilícitos*, como já se demonstrou (*Comentários ao novo código civil: dos defeitos do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 2, p. 31).

À luz da norma legal acima referida, Maria Helena Diniz situa os elementos imprescindíveis à configuração da responsabilidade civil, assinalando:

[...] para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral, sendo que pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral decorrentes do mesmo fato e; c) nexos de causalidade entre o dano e o comportamento do agente (*Código civil anotado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 169 e 170).

Especificamente acerca dos danos morais, para obter a parte prejudicada a respectiva reparação, exige-se dela a comprovação da prática do ato lesivo pelo ofensor, com os prejuízos morais, estes sim e exclusivamente eles, sendo inferíveis por presunção.

Reportando-se ao tema, acentua Sérgio Cavalieri Filho:

[...] por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.

Nesse ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*.; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum (*Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101 e 102).

Ou, como acentua Sílvio de Salvo Venosa:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar indenização. Aqui também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem do homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há formulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contra-posição reflexa da alegria é uma constante do comportamento universal (Direito civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4, p. 33).

No caso dos autos, os apelados, como relatado alhures, atuaram dentro dos limites do direito à informação e à crítica, sem adentrar no campo da esfera pessoal do insurgente, de modo que não há qualquer ato ilícito ensejador de indenização por danos morais.

Diante do exposto, é de se negar provimento ao reclamo, mantendo-se incólume a decisão vergastada.

Este é o voto.

AÇÃO RESCISÓRIA

Ação Rescisória n. 2010.020522-3, de Blumenau

Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira

PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, PASSADA EM JULGADO, PROFERIDA EM AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL COM PEDIDOS DE PARTILHA DE BENS E FIXAÇÃO DE ALIMENTOS EM BENEFÍCIO DA PROLE COM FUNDAMENTO EM DOLO DA PARTE VENCEDORA.

IUDICIUM RESCINDENS.

ART. 485, INCISO III, DO CPC. EVIDENCIADA A CONDUTA TEMERÁRIA DA AUTORA DA AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL AO REQUERER A CITAÇÃO DO DEMANDADO POR EDITAL DE FORMA NÃO PONDERADA, POIS, DE UM LADO, SEQUER DILIGENCIOU ATRAS DO PARADEIRO DELE, E, DE OUTRO, AMEALHOU DOCUMENTOS NA INICIAL, COM A INTENÇÃO DE AFASTAR BENS DA PARTILHA, QUE ESCLARECIAM, COM EXATIDÃO, O ENDEREÇO DE RESIDÊNCIA E DE DOMICÍLIO DO DEMANDADO.

PETIÇÃO, PROTOCOLADA APÓS A INTEGRAL PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO, QUE INDICA COM EXATIDÃO CIRURGICA O ENDEREÇO DO DEMANDADO E EXIGE A IMEDIATA EXECUÇÃO DA SENTENÇA.

DOLO E DESLEALDADE PROCESSUAL (ART. 14, INCISOS I, II E III, E 17, INCISOS I E II, DO CPC) DA AUTORA DE TAL AÇÃO EVIDENCIADO AO, SEM ESGOTAR AS TENTATIVAS DE CITAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA (ARTS. 231, INCISO II, E 232, INCISO I, DO CPC), LEVAR O JULGADOR A QUO, EQUIVOCADA E ABRUPTAMENTE, A PROFERIR A DECISÃO RESCINDENDA EM PREJUÍZO À ESFERA JURÍDICA DO DEMANDADO, QUE RESIDIA EM

LOCAL CERTO E ESPECIFICADO E NÃO PODE, POR TAL FATO, ARGUIR SUAS EXCEÇÕES. FLAGRANTE VIOLAÇÃO À GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - ART. 5, LV, DA CF. SITUAÇÃO QUE BENEFICIOU INDEVIDAMENTE A AUTORA, POIS FACILITADA A PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO. SENTENÇA RESCINDIDA.

O dolo, para o sucesso da *iudicium rescindens*, consiste nas maquinações praticadas por uma parte em detrimento da outra que lhe retirem ou diminuam a capacidade de defesa dentro do processo de tal modo que esta deslealdade acaba por determinar a prolação de uma decisão que não se conforma com a realidade material ou processual da relação jurídica mantida entre as partes. Tal deslealdade, que afronta o dever de obediência à lealdade e boa-fé previsto nos arts. 14, incisos I, II e III, e 17, incisos II e III, do CPC, empurra o juiz para uma decisão que ele não tomaria acaso não fosse colocado em erro pelo ardid praticado pela parte.

Se a parte, astuciosa e conscientemente, afasta o processo dos princípios do contraditório e ampla defesa ao requerer a citação por edital ciente do endereço da parte demandada para que só os seus interesses prevaleçam perante o Juiz, induzido a erro, há violação aos deveres de lealdade e veracidade e, por conseguinte, faz-se presente o dolo processual necessário para que a sentença, que acolhe a pretensão, seja rescindida.

A citação por edital exige a robusta tentativa de localização da parte adversa por todas as formas possíveis.

Os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal trazem em si a própria noção de Justiça, porque o sistema processual depende de validade e eficácia e somente através da observação de tais princípios garante-se tratamento equânime/isonômico entre as partes.

IUDICIUM RESCISSORIUM.

PLEITO SUCESSIVO-LÓGICO FORMULADO DE MODO EXPRESSO. ART. 488, INCISO I, DO CPC.

UNIÃO ESTÁVEL. PERÍODO CONTROVERSO.

DISCUSSÃO QUE, EM VERDADE, ABARCA A PRETENSÃO DE INCLUSÃO DE UM ÚNICO BEM IMÓVEL NA PARTILHA. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS.

CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA, COM MAIOR PLAUSIBILIDADE, QUE SE TRATA DE BEM ADQUIRIDO ANTES DO INÍCIO DA UNIÃO E EXCLUSIVAMENTE PELA COMPANHEIRA. BEM QUE, PORTANTO, NÃO DEVE INTEGRAR A PARTILHA.

Os bens imóveis adquiridos a título oneroso na constância da relação pública e notória - união estável -, por integrar o patrimônio comum, devem ser igualmente partilhados entre os companheiros. Bem adquirido antes da união estável, não obstante, não integra a partilha.

Se não há no acervo probatório elementos sérios e consistentes acerca do início da união estável e suficientemente demonstrado pela companheira que o bem imóvel cuja pretensão de partilha paira foi adquirido exclusivamente por si com seus recursos próprios, indevida é a inclusão de tal imóvel na partilha.

GUARDA E DIREITO DE VISITAS. ACORDO EM AUDIÊNCIA. HOMOLOGAÇÃO.

ALIMENTOS. ANÁLISE DO BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. ENCARGO FIXADO COM MODERAÇÃO.

Fixar alimentos significa pinçar o ponto equidistante entre dois extremos: a carência de quem pede e a possibilidade daquele que deve.

São devidos alimentos aos filhos menores, cuja necessidade é presumida.

A incapacidade para o pagamento dos alimentos deve estar cabalmente comprovada nos autos quando se pretende a minoração do seu valor.

Escassa a possibilidade do pai quando presumida a necessidade dos filhos menores, os alimentos devem ser fixados, mas com moderação.

RESCISÓRIA PROCEDENTE. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL COM PARTILHA DE BENS E ALIMENTOS JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2010.020522-3, da comarca de Blumenau (2ª Vara da Família), em que é autor R. R. C., e ré V. J. P.:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, julgar procedente a pretensão declinada na ação rescisória promovida por R. C. C. contra V. J. P. para, com fundamento no art. 485, inciso III, do CPC, desconstituir a coisa julgada material advinda do trânsito em julgado da sentença de procedência lavrada na ação de reconhecimento e dissolução de união estável com pedido de partilha e alimentos proposta por esta contra aquele em 22 de novembro de 2006 perante o Juízo de Direito da 2ª Vara da Família da comarca de Blumenau, autos nº 008.06.027164-4; e, na forma prevista no art. 488, inciso I, do CPC, julgar parcialmente procedente a ação suso mencionada, na forma estabelecida neste *decisum*, tudo nos termos do voto do relator. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha.

Florianópolis, 29 de maio de 2014.

Gilberto Gomes de Oliveira

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória proposta por R. R. C. contra V. J. P.

Advoga o autor que viveu em união estável com a demandada no período de 1994 a 2000 e que, neste lapso temporal, tiveram dois filhos, M. P. C., nascida em 08.01.1996, e J. A. P. C., nascido em 07.05.1998.

Disse que, em razão do término do relacionamento, firmou com a parte demandada um acordo para deliberar sobre a partilha de bens e alimentos em prol dos filhos comuns.

Contudo, foi alvo de vindita pessoal da demandada que, além de

proibir abruptamente de ver seus filhos, ao propor demanda de reconhecimento e dissolução de união estável com pleito de alimentos nº 008.06.027164-4, afirmou dolosamente que desconhecia seu endereço.

Afirmou que, em razão de tal situação, foi citado equivocadamente por edital e, embora lhe tenha sido nomeado Curador Especial, a pretensão da demandada foi julgada integralmente procedente em seu prejuízo, porquanto, dentre outras coisas, sonegou bens do casal e partilhou indevidamente o imóvel localizado na Rua Farmacêutico Gottlieb Ellinger, nº 197, Bairro Escola Agrícola, em Blumenau, o qual foi adquirido com seus recursos próprios (entrega de um automóvel e diferença em moeda estrangeira) antes do início da união estável.

Argumentou que a citação por edital não teria se consumado se não fosse o dolo da demandada, que premeditadamente omitiu o seu endereço; que ela, após a sentença de procedência, ao imediatamente deflagrar execução de prestação alimentícia (nº 008.09.024998-1), indicou o seu endereço correto; e, por fim, que apenas tomou ciência da ação de reconhecimento e dissolução de união estável quando foi citado para pagar alimentos sob pena de prisão civil.

Discorreu sobre o direito que aplicável e pediu pela concessão de liminar para que os efeitos da ação de execução de alimentos (nº 008.09.024998-1) sejam suspensos e pela procedência para que a sentença prolatada na ação nº 008.06.027164-4 seja rescindida julgando-se, novamente, a causa.

Citada (fl. 259), V. J. P. apresentou contestação (fls. 264/282).

Arguiu as preliminares de carência de ação, em razão da fragilidade dos argumentos tecidos na inicial, inépcia, em virtude da ausência de conexão lógica entre os fatos narrados na inicial, e de ilegitimidade passiva, porque o autor não atualizou os seus endereços nos órgãos oficiais.

Em relação ao mérito, defendeu que nunca tomou conhecimento do paradeiro do demandante e que somente descobriu o seu endereço, de fato, após o trânsito em julgado da sentença lavrada na ação de reconhecimento e dissolução de união estável.

Disse que a citação por edital, procedimento jurídico válido, só foi deferida após várias tentativas de localização do seu endereço e que, em razão de tais fatos, nulidade alguma há.

Insurgiu-se contra o pedido de novo julgamento da causa, falou que o autor atua com má-fé e, nestes termos, pediu pela improcedência.

A contestação foi impugnada (fls. 311/331).

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 301/310, pela realização de instrução.

Às fls. 339/340, em saneador, afastei as preliminares arguidas em resposta e determinei a remessa dos autos ao Juízo da 2ª Vara da Família de Blumenau para instrução oral, que se realizou às fls. 399/402 e 413/415.

As alegações finais foram remissivas (fls. 413).

Novo Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 420/429, pela improcedência.

É o relatório.

Decido.

VOTO

Trata-se de rescisória por meio da qual pretende o autor, R. R. C., o desfazimento de sentença proferida em ação de reconhecimento e dissolução de união estável com alimentos (nº 008.06.027164-4) que lhe foi proposta pela parte demandada, V. J. P., na qual houve sentença de

procedência em franco prejuízo para a sua esfera jurídica.

Como se sabe e será exposto mais adiante, a ação rescisória serve tanto para desconstituir os efeitos da coisa julgada material (*iudicium rescindens*) como para propiciar, caso a primeira etapa seja procedente, um novo julgamento da causa cuja sentença foi desconstituída (*iudicium rescissorium*).

No caso, os litigantes exaltam em suas petições todos os aspectos que tocam o *iudicium rescissorium*. Estão a digladiar, calorosamente, pois, sobre a quem sabe a culpa pelo término do relacionamento amoroso, partilha de bens, alimentos devidos aos filhos comuns, etc.

Não poderia ser diferente, visto que a atuação jurisdicional para sobre o campo do direito de família, o que já pressupõe ânimo conturbado.

Porém, tais aspectos não importam neste momento, onde se busca aferir se o fundamento apontado, para o *iudicium rescindens*, é digno de nota.

Por tais razões, com a devida reverência aos litigantes, aparto, das suas peças e alegações, todos os argumentos fáticos que tocam apenas o direito de família, pois a análise, agora pauta-se na dicção da lei.

A ação rescisória, que tem natureza jurídica de demanda autônoma de impugnação e que, como acima exposto, tem por objetivo desconstituir a coisa julgada, isto é, pretende retirar o manto de imutabilidade que se ampara no trânsito em julgado, só é admitida em hipóteses excepcionabilíssimas, arroladas de maneira taxativa - *numerus clausus* - pela legislação.

Dispõe o art. 485 do CPC:

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

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

Então, ao sucesso da pretensão, o interessado deve demonstrar uma ou algumas das hipóteses elencadas na Lei para a sua viabilidade ciente que, justo por se tratar de matéria de direito indisponível (segurança jurídica), não ocorrem os efeitos da revelia (art. 319 do CPC) ou, tal qual ocorre na hipótese, de confissão quanto à matéria de fato que a parte deveria prestar depoimento em virtude do seu não comparecimento em audiência, na forma prevista no art. 343, § 1º, do CPC (fl. 399). Ambas as hipóteses, então, não se sobrepõem às provas confeccionadas durante a instrução processual.

Pois bem. No caso, o fundamento para a rescisão da coisa julgada material (*iudicium rescindens*) reside na existência de dolo da parte vencedora em detrimento do vencido (inciso III), porquanto, na concepção deste, aquela, por ocasião do término do relacionamento mantido entre ambos e a despeito de terem firmado um acordo extrajudicial para partilharem seus bens e estabelecer alimentos em prol dos filhos comuns, ao propor demanda com o objetivo de reconhecer e dissolver o vínculo afetivo existente entre ambos com pedido de partilha e alimentos (autos nº 008.06.027164-4), afirmou mal intencionalmente que desconhecia o seu endereço, o que fez com que fosse citado por edital sem que todas as diligências necessárias fossem praticadas. Em decorrência disto, como afirma nesta rescisória, apesar de lhe ter sido nomeado um Curador Especial, dentre outras coisas, teve bens partilhados indevidamente.

Tudo sopesado, julgo procedente a pretensão declinada na rescisória. Explico.

O dolo processual consiste nas maquinações praticadas por uma parte em detrimento da outra, que lhe retirem ou diminuam a capacidade de defesa dentro do processo, de tal modo que esta deslealdade acaba por determinar a prolação de uma decisão que não se conforma com a realidade material ou processual da relação jurídica mantida entre as partes.

Tal deslealdade, que afronta o dever de obediência à lealdade e à boa-fé previsto nos arts. 14, incisos I, II e III, e 17, incisos II e III, do CPC, empurra o magistrado para uma decisão que ele não tomaria acaso não fosse colocado em erro pelo ardil praticado pela parte maldosa.

A doutrina explica o fenômeno:

a rescisória é cabível em razão do dolo da parte vencedora que prejudica a parte vencida e induz o juiz a erro. Nesse caso, cabe rescisória quando a parte vencedora tenha impedido ou dificultado a atuação do vencido ou

influenciado o juiz, afastando-o da verdade. Cabe a ação rescisória, se o dolo processual decorreu não somente de conduta praticada pela parte vencedora, mas também de conduta praticada por seu advogado.

(DIDIER, Fredie. CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. Curso de Direito Processual Civil, Vol. 3, Salvador: *Podivm*, 2006. p. 274).

Diante de tais razões, se a parte, astuciosa e conscientemente, afasta o processo dos princípios do contraditório e ampla defesa, para que só os seus interesses prevaleçam perante o Juiz, há violação aos deveres de lealdade e veracidade e, por conseguinte, faz-se presente o dolo processual.

No caso em evidência, a alegação trazida com a exordial, concernente à hipótese inculpada no inciso III do art. 485 do CPC, se amolda à prática de dolo capaz de desfazer a sentença lavrada na demanda de reconhecimento e dissolução de união estável com partilha de bens e alimentos nº 008.06.027164-4 (fl. 27), a qual passou em julgado em 04 de agosto de 2009 (fl. 93).

É que, segundo o relato contido na peça inicial, o dolo da parte ex adversa consistiu em postular a realização da citação do demandado (aqui autor) na aludida ação por edital quando sabia de antemão o seu endereço para que a citação, pela forma usual, fosse realizada.

Tal fato está clara e suficientemente comprovado.

Como se vê às fls. 28/34, V. J. P. propôs a demanda cuja sentença se busca rescindir em 22 de novembro de 2006 (fl. 28). Na inicial, após dar conta do período em que manteve união estável com R. R. C., enumerar bens e dispor sobre a guarda, visita e alimentos devidos aos filhos comuns, V. J. P. imediatamente pediu, sem justificativa alguma, pela citação de R. R. C. por edital (fl. 33).

Alguns documentos foram amealhados na inicial (fls. 35/45).

Após fixar alimentos provisórios, ao se defrontar com o requerimento de citação editalícia despido de maiores elementos, o magistrado *a quo* determinou a expedição de ofícios para a Receita Federal e para os Cartórios Eleitorais da comarca de Blumenau (fls. 47/48).

Os Cartórios Eleitorais nada apontaram em razão da ausência de maiores elementos que pudessem identificar R. R. C. e da existência de inúmeros homônimos - mais de trinta (fls. 53/54).

A Receita Federal apontou um endereço (fl. 55) localizado em Curitiba, PR, cuja citação, por precatória, foi imediatamente direcionada (fl. 56).

Ao cumprir o ato, o Oficial de Justiça certificou que lá residia a ex-sogra de R. R. C. (fl. 58) que, anote-se, ao se envolver com V. J. P., já era separado judicialmente.

Em manifestação, V. J. P. insistiu na citação por edital (fl. 64), que veio a ser deferida (fl. 65).

Como o prazo para resposta decorreu *in albis* (fl. 68), foi nomeado Curador Especial (fl. 69), que ofertou contestação (fls. 75/80). Vale registrar que, como preliminar (fl. 75), o nobre Curador Especial suscitou a nulidade da citação realizada por edital.

O Ministério Público pediu para que V. J. P. se manifestasse sobre a referida preliminar e, em seguida, foi designada audiência (fl. 81).

Por ocasião da realização deste ato (fls. 90/91), sem réplica, produção de prova ou atendimento ao requerimento do Ministério Público, o feito foi julgado integralmente procedente.

Em agosto de 2009, foi certificado o trânsito em julgado (fl. 93) e, então, em outubro de 2009, V. J. P. pediu pela execução da sentença (fl.

102), no que toca às verbas alimentares fixadas, com a citação de R. R. C., sob pena de prisão, no endereço, inclusive com número de telefone, expressamente indicado na petição inicial da expropriatória (fl. 102).

Como, por conseguinte, R. R. C. foi citado, ele se manifestou na execução (fls. 122/137) e na ação de cognição (fls. 96/97).

É fácil perceber, após exposição de todos os atos processuais que culminaram na ausência de apresentação de defesa efetiva e pessoal por R. R. C. e, por conseguinte, na procedência do pleito formulado por V. J. P. na ação de reconhecimento e dissolução de união estável com pedidos de partilha e alimentos proposta contra aquele, que a citação por edital foi absolutamente nula, pois, por se tratar de comunicação ficta, deve ser utilizada apenas quando esgotados todos os meios de citação pessoal, conforme previsto no art. 231 do CPC.

Ora. O pedido de citação editalícia foi veiculado já na petição inicial da ação de reconhecimento e dissolução de união estável e V. J. P. não amealhou a ela quaisquer documentos para comprovar que alguma diligência extrajudicial foi adotada para se encontrar o paradeiro de R. R. C.

V. J. P. também não diligenciou nos Cartórios Eleitorais que, a propósito, a despeito da iniciativa do Juízo singular, não puderam informar o endereço correto de R. R. C. em razão da ausência de elementos para identificá-lo e da existência de mais de trinta eleitores com nome idêntico.

O endereço fornecido para Receita Federal (fl. 55), cuja tentativa de citação pessoal por carta precatória se direcionou (fl. 56), também não supre o requisito exigido pelo Legislador no art. 231 do CPC, pois, ao passo que não esgota todos os meios possíveis para localização de R. R. C., o Oficial de Justiça declarou que se tratava do endereço da sua ex-sogra (fl. 58). Ora. Tanto quanto se pode afirmar que é responsabilidade do contribuinte manter os seus dados cadastrais atualizados perante a

Receita Federal, como falado, uma única tentativa de localização não supre a exigência legal, mormente, sabendo V. J. P. que se envolveu com um homem separado judicialmente, que o endereço cuja tentativa de citação se direcionou era da ex-sogra dele. Ela tinha ciência inequívoca deste endereço, pois assim declarou na ação que propôs (fl. 78).

Vale citar:

Deve ser tentada a localização pessoal do réu por todas as formas. Somente depois de resultar infrutífera é que estará aberta a oportunidade para a citação por edital.

(Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil e legislação extravagante. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 481).

Na verdade, e já que não se trata de pessoa desconhecida (inciso I), não se pode dizer, como V. J. P. afirmou, que R. R. C. estava em lugar ignorado, incerto ou inacessível (inciso II do art. 231 do CPC), hipóteses estas que autorizariam a citação por edital de forma válida, porquanto ela amealhou na inicial da ação de reconhecimento e dissolução de união estável com partilha e alimentos que propôs contra este, ocasião em que já pediu pela realização da citação editalícia, uma Escritura Pública de Revogação de Procuração firmada entre a sua mãe, A. P., e R. R. C., na qual consta de modo claro e indubitado que seu ex-companheiro residia e era domiciliado na cidade de Itajaí, neste Estado, na Rua Esperidião Graciliano da Silva, Bairro São Judas.

Ele comprova, com efeito, que o contrato de locação que firmou, para residir neste endereço em Itajaí, perduraria até novembro de 2008 (fls. 144/145), ocasião em que retornou para Blumenau (fl. 149).

Também deve ser registrado que, em sua contestação, nesta rescisória, V. J. P. ratificou que sabia que R. R. C. residia em Itajaí (fl. 265).

Portanto, me parece patente, ao sopesar na balança, de um lado, a alegação, na inicial da ação de reconhecimento e dissolução de união estável com partilha e alimentos (fl. 28), que V. J. P. desconhecia o paradeiro de R. R. C., razão pela qual ele deveria ser automaticamente citado por edital (fl. 33), e, de outro, o teor de tal instrumento público, utilizado justamente para afastar da partilha a empresa que seria supostamente só administrada por ele, já que constituída no nome da mãe de V. J. P., que houve evidente dolo processual, pois, ao passo que ela não demonstrou nenhuma tentativa de localizá-lo extra ou mesmo judicialmente, nenhum aviso de recebimento ou eventual precatória foram direcionados para Itajaí para tentar avisá-lo acerca da propositura de tal demanda. Trata-se de documento que, desde sempre, estava em poder de V. J. P., que não poderia ter alegado desconhecimento do paradeiro de seu ex-companheiro!

Não pode ser esquecido, neste capítulo, que, uma vez transitada em julgado a decisão que pôs fim à ação de reconhecimento e dissolução de união estável, V. J. P. imediatamente pediu pela execução da sentença (fl. 102), no que toca às verbas alimentares fixadas, com a citação de R. R. C. no endereço expressamente indicado na petição inicial da expropriatória (fl. 102). Foi apontado até o número do telefone celular dele!

É flagrante, portanto, que o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa foi, mau intencionalmente, violado (art. 5º, inciso LV, da CF) e que, a partir da ocorrência de tal deslealdade processual (art. 17, incisos II e III, do CPC), o magistrado *a quo* foi levado a proferir a decisão rescindenda em franco prejuízo à esfera jurídica de R. R. C. que, sem tomar ciência da demanda que lhe pesava, não externou defesa.

Registro, porque oportuno, que o sentenciante considerou a ausência de prova em sentido contrário para formar sua convicção. Disse ele,

pois, “as alegações contidas na inicial não foram suficientemente contrariadas e a contestação em momento algum as rechaçou, apenas fazendo breve considerações” (fl. 91). Não poderia ser diferente, pois a defesa foi apresentada por Curador.

É certo, diante de tais elementos, que, muito além da irregularidade do ato processual (citação por edital), a aqui demandada atuou com má-fé para, valendo-se da ação em exame, causar prejuízo ao aqui autor, que não pode se manifestar e tecer a defesa a que tinha direito.

Diante de tais elementos, apesar de substanciosos, entendo que os fundamentos contidos no Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, ao apontarem que não houve dolo processual porque os filhos do casal foram ouvidos em audiência e deram conta que o pai nunca os procurou (fls. 420/429), não têm aplicabilidade, porquanto a situação vivenciada pelos pais, retratada aos filhos, não equivale àquela de ciência de V. J. P., que estava cônica do paradeiro do seu ex-companheiro, que não se fazia desconhecido, e, ainda assim, alterou a verdade dos fatos. Não pode ser desconsiderada a inércia de V. J. P. diante do comando legal que determina que todos os meios legais para localização da parte adversa sejam esgotados.

O reconhecimento da nulidade da sentença lavrada na ação nº 008.06.027164-4 enseja a extinção da execução nº 008.09.024998-1. Eventuais verbas alimentares pagas, porém, por sua natureza, são irrepetíveis.

Passo, agora, à etapa seguinte, já que o pleito de rescisão da coisa julgada material (*iudicium rescindens*) veio expressamente cumulado com o pleito de novo julgamento da ação de reconhecimento e dissolução de união estável com partilha de bens e alimentos (*iudicium rescissorium*), o que é perfeitamente possível, a teor do que dispõe o art. 488, inciso I, do CPC.

O período de união existente entre os litigantes é discutido.

Tal discussão prende-se a um único fator, pois. É que a aquisição do imóvel localizado na Rua Farmacêutico Gottlieb Ellinger, nº 197, em Blumenau, em nome de V. J. P., ocorreu em dezembro de 1994.

R. R. C. alega que a união estável iniciou em 1994 e perdurou até 2000 (fl. 02). Também diz que adquiriu tal bem com recursos próprios.

Já V. J. P. diz que eles mantiveram união estável entre meados de 1995 até o ano de 2011 (fl. 29), de modo que a aquisição do imóvel é anterior à convivência que manteve com R. R. C.

À hipótese se aplica o regime de comunhão parcial de bens, tal qual previsto no art. 5º da Lei nº 9.278/1996 e art. 1725 do CC e, como se sabe, não se comunicam os bens havidos a título gratuito ou herança, nem mesmo aqueles havidos de sub-rogação de bens particulares.

Com isso em mente, forte na alegação das partes, tem-se que o único período incontroverso, extirpando-se o início e o fim questionados, vai de 1995 até 2000, o que se tem, certamente, como legítimo.

A partir daí, como o registro do bem imóvel em jogo encontra-se no nome de V. J. P. (fl. 44), se R. R. C. comprovar que a união, de fato, iniciou-se em 1994, ele participará da partilha de tal imóvel em idênticas proporções, justo porque se aplica o regime de comunhão parcial de bens. Porém, se ele comprovar que o bem lhe pertence com exclusividade, V. J. P. não o partilhará. Exegese, pois, do contido no art. 333, inciso II, do CPC.

Mas, não se tem quaisquer provas sobre o período de união estável mantido entre os litigantes. Nenhuma prova foi produzida, por ambos os lados.

Também não se tem prova que o bem pertence apenas a R.R.C.

Ele afirma que, para adquirir de Serafim Cipriani e sua esposa, Maria Polidoro Cipriani, o imóvel na Rua Farmacêutico Gottlieb Ellinger, nº 197, em Blumenau, entregou um veículo Volkswagen Voyage CL, ano e modelo 1989, placas AAJ-1103, registrado em nome de seu irmão, M. R. C., como parte do pagamento. A parte remanescente afirma que pagou em dinheiro.

R. R. C. trouxe para comprovar tais fatos uma Escritura Pública de Declaração (fl. 192) firmada por Valmir Andrade Caldeira, que iniciou sua carreira profissional com R. R. C. em Blumenau na década de 1990, que, de fato, comprova, com detalhes, a versão arguida em exceção.

Veja-se:

No tempo em que trabalho conosco, a Sra. V. passou a namorar o Sr. R., freqüentando constantemente o apartamento que dividíamos, o Sr. R. e eu, situado na rua Benjamin Constant, 1736, apartamento 31, na cidade de Blumenau.

(...)

Passados alguns meses, a Sra. V. e o Sr. R. passaram a viver sob o mesmo teto.

(...)

Nos anos de 1993 e 1994, o Sr. R. adquiriu um terreno com uma garagem parcialmente edificada onde construiu a moradia que, mais tarde, veio a ocupar com a Sra. V. e ainda reformou e transformou em pizzeria o imóvel situado na rua Benjamin Constant, ao lado do prédio onde residi.

(...)

Como, na ocasião, era de minha responsabilidade na empresa de Decoração de Interiores os pagamentos dos gastos do Sr. R., paguei com cheque meu próprio, uma parte do valor do imóvel da rua Farmacêutico Gottlieb Ellinger, nº 197, em Blumenau, ao Sr. Serafim Cipriani e entreguei pessoalmente o veículo marca Voyage, de propriedade de nosso escritório, me encarregando inclusive na ocasião dos tramites de transferência de propriedade do veículo.

Além destes valores, lembro-me de o Sr. R. ter pago parte do imóvel em dólares que possuía, não posso precisar quanto. Por determinação do Sr. R. , pedi ao Sr. Serafim Cipriani que fizesse o recibo de compra e venda do imóvel em nome da Sra. V., pois o Sr. R. era separado de outra relação com filho e não queria correr riscos com futuras partilhas (fl. 192).

R. R. C. também trouxe o dossiê do mencionado veículo, cuja propriedade, antes de figurar em nome de Maria Polidoro Cipriani, uma das antigas proprietárias do imóvel em discussão, era de M. R. C. (fl. 193).

Contudo, conquanto não se tenha prova do vínculo de parentesco entre M. R. C. e R. R. C., V. J. P., durante a instrução probatória desta rescisória, pediu pela oitiva de Serafim Cipriani e Maria Polidoro Cipriani, atualmente separados. O primeiro afirmou que “era proprietário do imóvel na rua Farmacêutico Gottlieb Ellinger, sendo que o vendeu para V.J.P. em época que não se recorda; que conhecia V. porque naquele tempo era sua inquilina; (...); que não sabe se V. naquele tempo tinha relacionamento com o autor; que recebeu dinheiro pela venda do imóvel diretamente de V., não se recordando se R. em algum momento lhe foi apresentado” (fl. 400). A segunda, por sua vez, nada soube informar (fl. 415).

Entendo, diante desse contexto probatório, que a prova oral trazida ao crivo desta Corte pela demandada, V. J. P., se mostra muito mais crível do que a prova documental trazida pelo autor, R. R. C., uma vez que se trata de testemunho do próprio casal que alienou o bem para aquela.

Ora. É certo que, tivesse R. R. C., antes ou mesmo durante o período de convivência mantido com V. J. P., entregue um veículo registrado em nome do seu irmão como forma de pagamento pela aquisição do imóvel, Serafim Cipriani e sua esposa lembrariam dos detalhes do negócio, que necessitaria da aquiescência de uma terceira pessoa, aqui desconhecida.

Em caminho contrário, Serafim Cipriani afirmou que V. J. P. era

sua locatária e que, por isso, alienou o bem exclusivamente para ela. Disse que o pagamento deu-se unicamente em espécie.

É patente, assim, que, a despeito da anemia do conjunto probatório acerca do período em que, de fato, começou a união estável havida entre ambos, a versão acerca de como os fatos se passaram apresentada por V. J. P. se mostra muito mais crível, visto que o testemunho trazido por R. R. C. foi produzido apenas em Cartório - sem o crivo do contraditório, portanto - e não possui nenhum outro elemento, documental ou testemunhal, que o ampare.

Não procede a pretensão, portanto, de modo que permanece no patrimônio exclusivo de V. J. P. o imóvel localizado na Rua Farmacêutico Gottlieb Ellinger, nº 197, ou qualquer outro que, por ele, foi subrogado.

Não se tem provas, de idêntica forma, que R. R. C. tenha contribuído com cotas societárias para a empresa Bar e Pizzaria Toscana Blumenau Ltda. ME, constituída antes do início da união estável apenas por V. J. P. (atividades iniciadas em 01.06.1994, conforme Contrato Social de fl. 74).

R. R. C., de fato, administrou uma empresa da mãe de V. J. P. (fl. 42), porém, houve a revogação do mandado e contra isto ele não se insurgiu. Aliás, nem se poderia, porque quaisquer questões atinentes a tal mandato seriam resolvidas em demanda autônoma dentro do campo do direito obrigacional.

V. J. P. renunciou o automóvel Parati em favor de R.R.C. e ele, contra isso, nada se insurgiu. Trata-se, tudo indica, de bem já alienado à época da propositura da ação de dissolução de união estável (fl. 31).

Não houve insurgência com relação à guarda, atribuída à mãe, e, em relação ao direito de visitas, houve acordo na audiência realizada à fl. 339, por ocasião da instrução desta ação rescisória. Conforme conven-

cionado, R. R. C. poderá visitar os filhos de forma livre (art. 1.589 do CC).

Esta convergência de vontades, portanto, deve ser homologada.

Remanesce a questão acerca dos alimentos, antes fixado na decisão rescindida (fl. 91), “à falta de qualquer parâmetro para se aquilatar o poder aquisitivo do requerido”, em R\$ 465,00 (quatrocentos e sessenta e cinco reais) para cada filho, sempre correspondentes, individualmente, a um salário mínimo.

Afirma R. R. C. que não possui renda capaz de suportar o encargo de um salário mínimo para cada filho.

Nenhum elemento de prova há na ação cuja sentença se rescindiu, apenas os elementos trazidos nesta rescisória por R. R. C.

Pois bem. Os alimentos, ainda que fixados provisoriamente, devem atentar para o binômio possibilidade-necessidade preconizado pelo § 1º do art. 1.694 do CC, que assim dispõe: “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada” e, inclusive, podem sofrer a alteração do encargo acaso “sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe” (art. 1.699 do CC).

No caso, o filho, J.A.P.C., nascido em 07 de maio de 1998 (fl. 39), atualmente tem 15 (quinze) anos de idade.

Suas necessidades são presumíveis, portanto.

Já a filha, M. P. C., nascida em 08 de janeiro de 1996 (fl. 38), completou, no início deste ano, 18 (dezoito) anos. Ela alcançou, portanto, a maioridade (art. 5º do CC).

Esta condição pode fazer pressupor, de ímpeto, que o encargo alimentar, em relação à filha, estaria afastado, porquanto ela atingiu a

maioridade.

Não obstante, em razão das diversas peculiaridades do caso, tenho por igualmente fixar os alimentos em prol de M. P. C.

Primeiro, porque, equivocadamente ou não, foram fixados alimentos em prol dela no ano de 2009 (fls. 90/91) e, ciente da importância do encargo agora em discussão e que os filhos não podem ser punidos pela beligerância e má atuação de seus pais, não se tem notícias que R. R. C. tenha proposto, em razão do alcance da maioridade, ação de exoneração do encargo alimentar.

Segundo, porque os pais sujeitam-se, em face dos filhos, a encargos alimentares de 2 (duas) naturezas: 1º) como imposição do dever de sustento, atrelado ao poder familiar, cessando com o alcance da maioridade ou emancipação; e, 2º) como obrigação decorrente do vínculo parental que une, na hipótese, ascendente e descendente.

Por consequência, ainda que extinto o poder familiar com o alcance da maioridade, há suporte jurídico para obrigar o pai a prover a manutenção do filho necessitado quando este prova que tem dificuldades financeiras.

Com isso em mente, e, repita-se, ciente que o encargo alimentar antes fixado perdurou durante o longo trajeto destes autos, vejo que M. P. C. declarou, por ocasião do seu depoimento, que é estudante (fl. 402).

Por isto, e a considerar que a jurisprudência deste Tribunal tem adotado o entendimento que os alimentos são devidos pelo ascendente, após o alcance da maioridade do descendente, até que este complete 24 (vinte e quatro) anos de idade se estiver estudando em universidade ou matriculado em cursos técnicos ou profissionalizantes, deve o encargo ser mantido, repita-se, até que provas específicas sejam constituídas em ação autônoma.

Posta assim a questão, vejo que R. R. C., que trabalhava com De-

coração à época que se envolveu com a demandada, pediu, nesta rescisória, pela concessão da Justiça Gratuita à alegação que tem poucas condições financeiras. Para tanto, inicialmente amealhou uma declaração da empresa Expolline - Exporlif Decorações Ltda. (fl. 236) que esclarece que ele trabalhou na função de Vistoriador de Montagens mediante a contrapartida de R\$ 610,12 (seiscentos e dez reais e doze centavos) por mês, auxílio-alimentação de R\$ 300,00 (trezentos reais) e comissão de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) por vistoria realizada. Mais tarde, foi comprovada a rescisão deste contrato de trabalho (fl. 244).

Nenhum outro elemento há nos autos em relação a R.C.C., que, presume-se, porque sempre laborou na área de decoração de interiores (v.g. fl. 149, 195/196), não possui nenhum empecilho, inclusive de ordem física, que o afaste do mercado de trabalho. Neste ínterim, registro que a irregularidade do seu CPF perante a Receita Federal não demonstra, *de per si*, que ele não pode auferir renda ou que não está devidamente empregado (fl. 141), até porque qualificou-se na inicial como Professor (fls. 02 e 23).

Não desconsidero que os valores reclamados na ação de execução nº 008.09.024998-1, a que tudo consta, nunca foram pagos (fls. 102/104).

Está comprovado, não obstante, que a mãe do menor, J. A. P. C., e de M. P. C. auferem a renda mensal de R\$ 812,28 (oitocentos e doze reais e vinte e oito centavos), o que, bem de ver, é insuficiente para amparar dois filhos.

Neste contexto, atendo à proporção entre a necessidade e os recursos da pessoa obrigada, porque é dever de ambos os pais contribuir para a manutenção da prole e, por fim, porque a demandada também não comprovou que o autor auferem rendimentos certos, fixo os alimentos devidos por R. C. C. em favor de seus 02 (dois) filhos em 01 (um) salário mínimo mensal, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada um.

Desequilibrado, por alguma razão externa, o binômio necessidade-

-possibilidade, tais valores poderão ser revistos em demanda específica.

Tudo resolvido no que toca à ação cuja sentença rescindiu-se.

Registro, para findar a análise da celeuma, que, não obstante a aparente ausência de modificação da realidade fático-jurídica antes da rescisão operada, visto que R.C.C. não fez prova que deveria partilhar os bens adquiridos por V. J. P., que a substancial diferença reside na observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, ínsitos do devido processo legal, antes não verificado. Afinal, ao passo que “o processo é instrumento de satisfação do interesse público na composição dos litígios mediante a correta aplicação da lei” (STJ. REsp. nº 17.608-SP, rel. Min. Athon Carneiro, julgado em 24.06.1992), o Estado Democrático de Direito só alcançou tal patamar porque respeita as liberdades do cidadão, os direitos humanos e os princípios constitucionais, dentre os quais estão os aqui estudados (contraditório, ampla defesa e devido processo legal), que trazem em si a própria noção de Justiça, porque o sistema processual depende de validade e eficácia e somente através da observação de tais princípios garante-se tratamento equânime/isonômico entre as partes.

Nesse contexto, é certo, ainda que R. R. C., por sua desídia (art. 333, inciso I, do CPC), não tenha alterado o quadro que antes já lhe era desfavorável (por outros motivos e fundamentos), que todas as suas razões fáticas ou jurídicas foram adequadamente esquadrinhadas.

A tutela que lhe foi prestada, porque foi observado com efetividade o contraditório, agora tem legitimação no plano constitucional - art. 5º, LV, da CF.

Não se pode deixar de considerar, de todo jeito, que, no que toca aos alimentos, houve parcial perspectiva de êxito em seu intento, pois, antes fixados em um salário mínimo, para cada filho, os alimentos, R. C. C., através de sua defesa, demonstrou que não poderia arcar com o encargo em tal patamar.

Ante todo o exposto, VOTO no sentido de:

(a) JULGAR PROCEDENTE a pretensão declinada na presente ação rescisória promovida por R. C. C. contra V. J. P. para, com fundamento no art. 485, inciso III, do CPC, desconstituir a coisa julgada material advinda do trânsito em julgado da sentença de procedência lavrada na ação de reconhecimento e dissolução de união estável com pedido de partilha e alimentos proposta por esta contra aquele em 22 de novembro de 2006 perante o Juízo de Direito da 2ª Vara da Família da comarca de Blumenau, autos nº 008.06.027164-4; e,

(b) na forma prevista no art. 488, inciso I, do CPC, JULGAR PARCIALMENTE procedente a ação de reconhecimento e dissolução de união estável com pedido de partilha e alimentos proposta por V. J. P. em desfavor de R. C. C., autos nº 008.06.027164-4, para:

(b.i) reconhecer a união estável mantida entre ambos no período compreendido entre 1995 e 2000 dissolvendo-a;

(b.ii) aplicar ao caso o regime de comunhão parcial de bens;

(b.iii) em relação à partilha, estabelecer em favor de R.C.C. a propriedade do automóvel Parati (fl. 31), a que tudo consta, por ele já alienado;

(b.iv) afastar da partilha o imóvel, e suas benfeitorias, localizado na Rua Farmacêutico Gottlieb Ellinger, nº 197, em Blumenau - ou qualquer outro que, por ele, tenha sido subrogado -, pois de propriedade exclusiva de V. J. P.;

(b.v) afastar da partilha a empresa Bar e Pizzaria Toscana Blumenau Ltda. ME, constituída antes do início da união estável apenas por V. J. P.;

(b.vi) estabelecer a guarda dos filhos do casal, J. A. P. C. e M. P. C., com a genitora, V. J. P.;

(b.vii) homologar o acordo formalizado entre os litigantes em au-

diência no que toca ao direito de visitas, a ser efetuado de forma livre; e, por fim,

(b.viii) fixar os alimentos devidos por R. C. C. em favor de seus 02 (dois) filhos em 01 (um) salário mínimo mensal, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada um.

Custas e despesas processuais da ação rescisória por V. J. P., que igualmente pagará honorários aos advogados do autor, os quais, com parâmetro no art. 20, § 4º, do CPC, fixo em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Na ação de reconhecimento e dissolução de união estável com pedido de partilha e alimentos a sucumbência de V. J. P. é diminuta (parágrafo único do art. 21 do CPC). Por conseguinte, R. C. C. arca com as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados, também com fundamento no § 4º do art. 20 do CPC, em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

É admitida a compensação de honorários, na forma prevista no enunciado da Súmula nº 306 do STJ.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2014.008097-7, de Rio do Sul

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ANOTAÇÃO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DÉBITO LOCATÍCIO. FIANÇA. PRORROGAÇÃO DA AVENÇA. PRAZO INDETERMINADO. PACTO CELEBRADO QUANDO VIGENTE A LEI N. 12.112/2009. RESPONSABILIDADE DO FIADOR. ENTREGA DAS CHAVES. AUSÊNCIA DE ESTIPULAÇÃO LIMITANDO O PRAZO DA GARANTIA. EXEGESE DO ART. 39 DA LEI DO INQUILINATO COM A REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI N. 12.112/2009. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NEGATIVAÇÃO DECORRENTE DO EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. RESPONSABILIDADE DO ÓRGÃO MANTENEDOR DO CADASTRO. SÚMULA 359 DO STJ. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

“Com a nova redação conferida ao dispositivo pela Lei 12.112/09, para contratos de fiança firmados a partir de sua vigência, salvo disposição contratual em contrário, a garantia, em caso de prorrogação legal do contrato de locação por prazo indeterminado, também prorroga-se automaticamente (ope legis), resguardando-se, durante essa prorrogação, evidentemente, a faculdade de o fiador de exonerar-se da obrigação mediante notificação resilitória” (STJ, REsp n. 1326557/PA, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 13-11-2012).

“Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição” (Súmula 359 do STJ).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.008097-7, da comarca de Rio do Sul (1ª Vara Cível), em que é apelante Almira Limas, e apelada J. Pilares Empreendimentos Imobiliários Ltda.:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 1º de abril de 2014, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 14 de abril de 2014.

Fernando Carioni

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Almira Limas ajuizou ação de indenização por danos morais com pedido liminar contra J. Pilares Empreendimentos, na qual relatou que prestou fiança no contrato de locação comercial, que foi intermediado pela ré.

Afirmou que o ajuste foi convencionado pelo prazo determinado de 12 (doze) meses, com início em 1º de março de 2011, e nele foi prevista a possibilidade de renovação automática.

Esclareceu que, findo o prazo ajustado, não foi comunicada acerca da renovação do contrato e, por consequência, não firmou expressamente a sua anuência como fiadora.

Salientou que em maio de 2012 a locadora solicitou a entrega do imóvel, o que ocorreu no dia 25 de junho de 2012. Acrescentou que, por razões contratuais, o locatário não efetuou o pagamento dos meses de maio e junho.

Consignou que teve seu nome, indevidamente, anotado pela ré nos cadastros dos serviços de proteção ao crédito, pelo aluguel vencido em maio de 2012.

Declarou não ter recebido nenhum comunicado ou notificação prévia acerca da negativação.

Requeriu, diante desses fatos, a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Foi deferida a antecipação de tutela para determinar a exclusão do nome da autora dos órgãos de proteção ao crédito, sob pena de multa diária no valor de R\$ 100,00 (cem reais), limitada a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), bem como foi deferido o benefício da justiça gratuita (fls. 17-19).

Citada, a requerida apresentou resposta na forma de contestação, na qual aduziu, em apertada síntese, que a fiança prestada em contrato de locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogado o ajuste por prazo indeterminado, conforme prevê o art. 39 da Lei de Locação, com a redação alterada pela Lei n. 12.112/2009.

Concluiu que a autora é responsável pelos débitos locatícios até a efetiva entrega do imóvel e, por conseguinte, foi lícita a inscrição de seu nome nos órgãos de restrição ao crédito.

Apresentada réplica à contestação, sobreveio sentença, na qual Magistrada *a quo*, Dra. Cristina Lerch Lunardi, julgou improcedente o pedido inicial e condenou a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), observada a regra do art. 12 da Lei n. 1.060/1950 (fls. 56-59).

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação, no qual reafirmou os fatos e as teses apresentadas na inicial.

Com as contrarrazões, ascenderam os autos a esta Corte.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta por Almira Limas contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação de indenização por danos morais proposta contra J. Pilares Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Para tanto, sustenta a recorrente a ilicitude da anotação de seu nome nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito por dívida relacionada a contrato de locação do qual era fiadora. Acrescenta que não há no contrato cláusula expressa estendendo a garantia até a efetiva entrega das chaves.

De início, importante esclarecer que o contrato de locação em que a a recorrente prestou fiança foi celebrado no dia 1º de março de 2011, ou seja, foi firmado na vigência da Lei n. 12.112/2009, que alterou significativamente a Lei do Inquilinato.

A partir da mencionada alteração, o art. 39 da Lei do Inquilinato, que em sua redação primitiva dispunha que “salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel”, passou a ter a seguinte redação:

Art. 39. Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado, por força desta Lei (Redação dada pela Lei nº 12.112, de 2009).

Com efeito, antes da modificação legislativa, a jurisprudência havia consolidado o entendimento no sentido de que o fiador é responsável pelo débito oriundo de contrato de locação prorrogado por prazo indeterminado quando consente, contratualmente, que a responsabilidade

pelos encargos perdura até a efetiva entrega do imóvel. Logo, havendo prorrogação da avença por prazo indeterminado, a responsabilidade do fiador somente perduraria até a entrega das chaves se houvesse permissão expressa no contrato.

Todavia, a Lei n. 12.112/2009 inverteu essa regra, ou seja, para que a fiança, ou qualquer outra garantia, não se estenda em caso de prorrogação por prazo indeterminado, o contrato deverá trazer cláusula expressa limitando a garantia.

A respeito, Sylvio Capanema de Souza, com propriedade, esclarece:

Este dispositivo sofreu, igualmente, modificação em sua redação, com o advento da Lei n. 12.112/09.

Foi acrescido, na parte final, que a extensão das garantias até a efetiva devolução do imóvel se verificaria mesmo estando prorrogada a locação por prazo indeterminado, por força da lei.

A mudança teve por objetivo espantar insistentes dúvidas quanto à preservação das garantias, após o vencido o prazo determinado do contrato.

Uma importante vertente doutrinária defendia a tese segundo a qual, sendo o contrato celebrado por prazo determinado, a fiança se extinguiria em decorrência de sua natureza acessória, a seguir a sorte da obrigação principal.

Alega-se, ainda, que, em se tratando de contrato gratuito, traduzindo ato de liberalidade, a fiança desafia interpretação restritiva, não podendo ser ampliada sem manifestação expressa das partes interessadas.

Com a modificação agora feita pretendeu-se superar o debate, com a reafirmação da regra de manutenção das garantias até a efetiva devolução do imóvel, inclusive a fiança, mesmo estando o contrato prorrogado por prazo indeterminado, ex-vi legis.

[...]

Com o novo sistema, para que a garantia, qualquer seja, não se estenda até a efetiva entrega das chaves, será preciso constar do contrato uma expressa dis-

posição em contrário. Como é fácil perceber, inverteu-se o sistema da lei anterior, com o sacrifício da melhor doutrina e dos princípios de hermenêutica.

Pela lei antiga, para que a responsabilidade do fiador persistisse até a efetiva devolução do imóvel, seria preciso que tal disposição constasse expressamente do contato. Caso contrário, a garantia se esvairia, quando findo o prazo avençado para a duração do contrato de locação.

Compreende-se, entretanto, a razão da inversão da regra. É que o contrato de locação, na maioria das vezes, prorroga-se por prazo indeterminado, após o advento do seu termo final, e a expiração da garantia trazia surpresa e prejuízo para os locadores, que desconheciam a lei.

Com o sistema atual, caso o fiador não deseje prorrogar, indefinidamente, sua responsabilidade, bastará que a limite ao tempo do contrato, fazendo inserir cláusula expressa a respeito (*A Lei do Inquilinato Comentada artigo por artigo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 170-171, grifo nosso) .

Maria Helena Diniz, por sua vez, acentua que “*a garantia locatícia, escolhida pelo locador, por ser convencional, pode ser estipulada por qualquer prazo, não havendo convenção a esse respeito, a lei impõe sua duração enquanto se prolongar a situação jurídica que visa garantir. Assim sendo o locador poderá usar da garantia, pela qual optou, até o instante da efetiva devolução do imóvel locado, para obter a realização das obrigações do inquilino, a não ser que haja cláusula inserida no contrato de locação dispondo o contrário [...]. A exclusão do suplemento legal só pode ocorrer quando expresse pelas partes. Portanto, não havendo cláusula que estabeleça expressamente no instrumento do contrato que os fiadores têm responsabilidade solidária até o termo final da locação, continuam garantias dos locatários até a efetiva devolução do bem*” (Lei de locações de imóveis urbanos comentada. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 181).

Na mesma direção, colhe-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

FIANÇA EM LOCAÇÃO DE IMÓVEL URBANO. RECURSO ESPECIAL. [...]. IMPRESCINDIBILIDADE. A MELHOR INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 39 DA LEI DO INQUILINATO, EM SUA REDAÇÃO PRIMITIVA, É A DE QUE, EM NÃO HAVENDO EXPRESSA PACTUAÇÃO NO CONTRATO DE FIANÇA ACERCA DA PRORROGAÇÃO DESSE PACTO ACESSÓRIO, A PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO, NÃO IMPLICA A MANUTENÇÃO DO FIANÇADOR COMO GARANTE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO ÂMBITO DO STJ. REDAÇÃO ATUAL DO ARTIGO 39 DA LEI DO INQUILINATO, COM A ALTERAÇÃO DE SUA REDAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 12.112/09. A PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO, POR FORÇA DA LEI DO INQUILINATO <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033844/lei-do-inquilinato-lei-8245-91>, RESULTA NA MANUTENÇÃO DA FIANÇA, SALVO EXPRESSA DISPOSIÇÃO CONTRATUAL EM CONTRÁRIO.

1. Com o julgamento dos REsp 566.633/CE, ficou pacificado no âmbito do STJ a admissão da prorrogação da fiança nos contratos locatícios prorrogados por prazo indeterminado, contanto que expressamente prevista no contrato (v.g., a previsão de que a fiança subsistirá “até a entrega das chaves”).
2. Todavia, a jurisprudência consolidada apreciou demandas à luz da redação primitiva do artigo 39 da Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91).

Com a nova redação conferida ao dispositivo pela Lei 12.112/09, para contratos de fiança firmados a partir de sua vigência, salvo disposição contratual em contrário, a garantia, em caso de prorrogação legal do contrato de locação por prazo indeterminado, também prorroga-se automaticamente (*ope legis*), resguardando-se, durante essa prorrogação, evidentemente, a faculdade de o fiador de exonerar-se da obrigação mediante notificação resilitória.

3. No caso, a ação de execução foi ajuizada no ano de 2008, por conseguinte, o contrato de fiança é anterior à vigência da Lei 12.112/09, de modo que a prorrogação do contrato de locação só poderia implicar a prorrogação da fiança, no caso de expressa pactuação a respeito no contrato acessório (REsp 1326557/PA, Rel. Ministro Luis Felipe Salomao, Quarta Turma, j. em 13-11-2012).

Do corpo do acórdão, extrai-se importante lição:

No entanto, convém sublinhar que a jurisprudência consolidada apreciou demandas à luz da redação primitiva do artigo 39 da Lei do Inquilinato, todavia, com a nova redação conferida ao art. 39 da Lei 8.245, de 1991, pela Lei 12.112, de 9 de dezembro de 2009 [...], salvo disposição contratual em contrário, a fiança, em caso de prorrogação – por força da Lei do Inquilinato – por prazo indeterminado do contrato de locação, também prorroga-se automaticamente.

[...]

Note-se que o legislador nada subtraiu do texto anterior, promovendo o seguinte acréscimo: “ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado, por força desta Lei”.

Nesse passo, é oportuna a remissão, feita em obra coordenada pelo professor Haroldo Guilherme Fazano, à doutrina de Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, que anotam que o parecer da Comissão do Senado por onde tramitou o projeto de Lei, referente à Lei 12.112/09, expressamente consignou que a alteração da redação do artigo 39 da Lei do Inquilinato teve o fito de estabelecer que a fiança se estende até a efetiva devolução do imóvel pelo locatário, não se limitando ao prazo contratual:

A nova redação apenas esclarece que a extensão das garantias da locação estende-se até a efetiva devolução do imóvel, salvo disposição contratual em contrário – ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado.

Sobre esse assunto asseveram Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe:

“(...) conquanto no novo artigo 39 não mencione a fiança em especial, mas genericamente ‘qualquer das garantias de locação’, o parecer da Comissão no Senado destaca que o *caput* do artigo 39 é modificado para prever que a fiança se estende até a efetiva devolução do imóvel, não se limitando ao prazo contratual; ou seja, estende-se ainda que prorrogada a locação, por prazo indeterminado, por força da lei – e com isso põe fim à controvérsia do projeto original da Câmara dos Deputados.”

[...]

Acabou, portanto, a dúvida sobre a extensão da fiança no caso de prorrogação do contrato.

É simples: prorrogada a obrigação principal, também restará prorrogada a garantia, automaticamente. (FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira (Coord.). Lei do Inquilinato Comentada. Leme: J.H. Mizuno, 2011, ps. 219-221)

[...]

Diante do novo texto legal, fica nítido que, para contratos de fiança firmados na vigência da Lei 12.112/09 – pois a lei não pode retroagir para atingir pactos anteriores à sua vigência (RE 205999, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 16/11/1999, DJ 03-03-2000 PP-00089 EMENT VOL-01981-05 PP-00991) –, salvo pactuação em contrário, o contrato de fiança, em caso de prorrogação da locação – por força da Lei do Inquilinato –, por prazo indeterminado, também prorroga-se automaticamente a fiança (*ope legis*), resguardando-se, durante essa prorrogação, evidentemente, a faculdade de o fiador exonerar-se da obrigação mediante notificação resilitória.

No mesmo sentido, é posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

CIVIL FIANÇA LOCATÍCIA PRORROGAÇÃO DA LOCAÇÃO POR TEMPO INDETERMINADO AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA DOS FIA-DORES IRRELEVÂNCIA SILÊNCIO DO CONTRATO QUANTO À LIMITAÇÃO TEMPORAL DE VIGÊNCIA OBRIGAÇÃO QUE DECORRE DA LEI ART. 39 DA LEI Nº 8.245/81 RECURSO IMPROVIDO.

1. A fiança se estende até a efetiva entrega das chaves, e não porque tenha havido anuência expressa quanto ao prazo indeterminado o que de fato não houve –, mas porque da avença não constou cláusula expressa no sentido de limitar-lhe o período de vigência, o que já é suficiente porque, salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado (Ap. Cív. n. 0000438-28.2011.8.26.0006, da comarca de São Paulo, rel. Des. Artur Marques, j. em 17-9-2012).

Nesse diapasão, silenciando o contrato acerca do tempo que perduraria a fiança prestada pela apelante, a garantia se estende até a efetiva entrega das chaves. Logo, conclui-se que a anotação do nome da recorrente no cadastro dos órgão de proteção ao crédito, por dívida decorrente do contrato de locação, ainda que após a sua prorrogação, configura exercício regular do direito e não enseja a reparação de danos, na forma do inciso I do art. 188 do Código Civil, que dispõe:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

Noutro ponto, afirma a apelante que não houve notificação prévia acerca da negativação, razão pela qual deve ser reconhecida a ilegalidade da anotação e a responsabilidade solidária entre apelada e os órgãos de proteção ao crédito.

Novamente carece de razão a recorrente.

É que se encontra consolidado o entendimento de que ao credor incumbe comunicar a existência da dívida ao órgão de proteção ao crédito para que este, então, sabedor do débito, tome as providências necessárias a fim de participar a situação ao devedor.

Essa é a orientação esposada pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula 359, que assentou que “*cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição*”.

Conforme se vê, recai sobre o órgão mantenedor a responsabilidade pela notificação do titular do débito, de modo que ele figura como parte legítima para responder pretensão compensatória calcada na ausência de comunicação prévia acerca da negativação.

A propósito, colacionam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REGISTRO DO NOME DO AUTOR NO CADASTRO DE INADIMPLENTES [...] RÉ QUE TAMBÉM NÃO PODE SER RESPONSABILIZADA PELA ALEGAÇÃO DE NÃO RECEBIMENTO DA NOTIFICAÇÃO PRÉVIA A QUE ALUDE O ART. 43, § 2º, DO CDC. LEGITIMIDADE DO ÓRGÃO MANTENEDOR DO CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO PARA RESPONDER POR EVENTUAL DANO MORAL DECORRENTE DO DESATENDIMENTO DA ALUDIDA PRESCRIÇÃO. “Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição” (Súmula 359 do STJ) (TJSC, Ap. Cív. n. 2012.016472-7, de Tubarão, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. em 13-2-2014).

A notificação prévia para o alistamento em órgão de restrição ao crédito é cometimento deste e não do credor, à luz da expressa dicção da Súmula 359 do Superior Tribunal de Justiça (TJSC, Ap. Cív. n. 2013.071637-8, de Joinville, rel. Des. João Henrique Blasi, j. em 10-12-2013).

ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. RESPONSABILIDADE DO ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. SÚMULA N. 359 DO STJ. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE.

Não pode recair sobre a parte credora a responsabilidade pela ausência de notificação prévia à inscrição no cadastro de inadimplentes, uma vez que tal providência cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito, nos termos do art. 359 do STJ (TJSC, Ap. Cív. n. 2012.002274-2, de Urusanga, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. em 15-10-2013).

Por esse motivo, eventual indenização embasada na falta de notificação prévia deve ser pleiteada do órgão de proteção ao crédito responsável pela anotação e não da empresa apelada.

Ante o exposto, é medida de rigor manter incólume a sentença impugnada, razão pela qual se nega provimento ao recurso.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2014.007155-2, de Timbó

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. JUSTIÇA GRATUITA POSTULADA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE POR ESTA CORTE. LEI Nº. 1.060/50. PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA. CF, ART. 5º, LXXIV. REQUISITOS AUTORIZADORES DO BENEPLÁCITO AUSENTES. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO ACOSTADA AOS AUTOS. INDEFERIMENTO. SUSCITADA A NULIDADE DA SENTENÇA POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUÍZO. PROCESSO DECIDIDO POR JUIZ SUBSTITUTO. IRRELEVÂNCIA. CELERIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL QUE AUTORIZA A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. PRELIMINAR AFASTADA. CONTEXTO DE DISPUTA POLÍTICA PELA VAGA DE DIRETORA DE ESCOLA MUNICIPAL. CARGO ASSUMIDO PELA AUTORA. COLOCAÇÃO DE FAIXAS EM VIA PÚBLICA PELOS RÉUS MANIFESTANDO DISCORDÂNCIA ACERCA DESTE FATOS. SIMPLES OPINIÃO. CONTEÚDO NÃO OFENSIVO. *ANIMUS CALUNIANDI* OU *DIFAMANDI* NÃO VERIFICADOS. DANO MORAL INEXISTENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. *“De acordo com a jurisprudência desta Corte, em razão de conferir maior efetividade e agilidade à prestação jurisdicional, é possível a flexibilização do princípio da identidade física do juiz e do princípio do juiz natural”*. (STJ, AgRg no Ag 1144374/RS, rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 14/04/2011).

2. Eventual ofensa à honra de qualquer pessoa há de ter embasamento numa afirmação (acusação) injusta, com o propósito deliberado de comprometer o conceito pessoal de outrem.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.

2014.007155-2, da comarca de Timbó (1ª Vara Cível), em que é apelante Leila Fátima Floriani Claudino dos Santos, e apelados Felinto Wenceslau Schüller e outro:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, indeferir o benefício da justiça gratuita à ré, afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso. Custas legais.

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, 18 de março de 2014.

Marcus Tulio Sartorato

RELATOR

RELATÓRIO

Adota-se o relatório da sentença recorrida que é visualizado às fls. 453/455, por revelar com transparência o que existe nestes autos, e a ele acrescenta-se que o MM. Juiz Substituto, Doutor João Carlos Franco, julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), no entanto, com exigibilidade suspensa ante a concessão do benefício da justiça gratuita.

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação (fls. 460/468), no qual suscita, em preliminar, a nulidade da sentença por violação ao princípio da identidade física do juiz e pelo fato do sentenciante ter se baseado em premissas equivocadas. No mérito, alega que os réus colocaram faixas em via pública dizendo, de maneira ofensiva, que a escola Clara Donner não aceitava a sua posse como diretora. Alega que o objetivo dos réus foi denegrir a sua imagem, sua honra e seu trabalho naquela

instituição, razão pela qual se sentiu humilhada e constrangida. Assevera que os fatos inclusive foram objeto de ação criminal contra os réus, mas a pretensão punitiva foi atingida pela prescrição. Dessa forma, postula a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais.

Em contrarrazões, réu (fls. 474/479) e ré (fls. 480/483), pugnam pela manutenção do veredicto.

VOTO

1. A teor do § 1º do art. 4º da Lei n.º 1.060/50, basta à parte, pessoa natural, que entende estar enquadrada na hipótese legal acima requerer ao juízo o benefício da assistência judiciária por meio de declaração de hipossuficiência de recursos.

Desta feita, *“pelo sistema legal vigente, faz jus a parte aos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família (Lei n.º 1.060/50, art. 4º), ressalvado ao juiz, no entanto, indeferir a pretensão se tiver fundadas e motivadas razões para isso (art. 5º)”* (Resp n.º 172.577, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

No caso em tela, embora o pleito da ré não tenha sido apreciado em primeiro grau de jurisdição, preenchidos os requisitos legais, cabe ao julgador, em qualquer fase do processo (RT 683/131), inclusive em sede de apelação, analisar o beneplácito.

Todavia, a ré deixou de colacionar aos autos a declaração de hipossuficiência, que constitui requisito primordial para a concessão da justiça gratuita. Por este motivo, indefere-se o pleito.

2. O art. 132 do Código de Processo Civil reza que *“o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência, julgará a lide, salvo se estiver*

convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”.

In casu, a sentença foi proferida por Magistrado diverso da que presidiu a audiência de instrução e julgamento (fl. 798), tornando crível que a titular tenha arredado o mister a outro Magistrado em razão da considerável abrangência da expressão “*afastado por qualquer motivo*” da norma em questão.

Ocorre que, ao largo dessa digressão, hodiernamente os tribunais têm atenuado o princípio da identidade física do juiz em prol dos da efetividade e celeridade processuais, notadamente se evidenciada a inexistência de prejuízo às partes.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “*De acordo com a jurisprudência desta Corte, em razão de conferir maior efetividade e agilidade à prestação jurisdicional, é possível a flexibilização do princípio da identidade física do juiz e do princípio do juiz natural*”. (AgRg no Ag 1144374/RS, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Quarta Turma, julgado em 14/04/2011, DJe 03/05/2011)

Na Apelação Cível n.º 1999.000684-0, de Itajaí, o eminente Desembargador Vanderlei Romer, em caso análogo, fundamentou sua decisão com a própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, em que Alfredo Buzaid discorria acerca da mitigação na aplicação do princípio da identidade física do juiz, *in verbis*:

Os princípios informativos do código, embora louváveis do ponto de vista dogmático, não lograram plena efetivação. A extensão territorial do país, as promoções dos magistrados de entrância para entrância, o surto do processo que deu lugar à formação de um grande parque industrial e o aumento de densidade demográfica vieram criar considerável embaraço à aplicação dos princípios da oralidade e da identidade da pessoa física do juiz, consagrados em termos rígidos no sistema do Código. Os inconvenientes resultam não do

sistema, mas de sua adaptação às nossas condições geográficas, a cujo respeito falharam as previsões do legislador. Não se duvidava, pois da excelência do princípio da oralidade, mas se apontavam os males de uma aplicação irrestrita e incondicional à realidade brasileira.

Em julgado mais recente, assim decidiu esta Terceira Câmara de Direito Civil:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AVENTADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUÍZO. PROCESSO DECIDIDO POR JUIZ SUBSTITUTO. IRRELEVÂNCIA. CELERIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL QUE AUTORIZA A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. INSUBSISTÊNCIA. EMPRESA AUTORA QUE ADQUIRIU O VEÍCULO EM QUESTÃO EM DATA PRETÉRITA AO SINISTRO, TANTO QUE SEU PREPOSTO ERA QUEM O CONDUZIA. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. PEÇA QUE PREENCHE TODOS OS REQUISITOS DOS ARTS. 282 E 283 DO CPC. CAUSA DE PEDIR E PEDIDOS DEVIDAMENTE EXPOSTOS NA EXORDIAL. PRELIMINARES AFASTADAS. GENITOR DOS RÉUS QUE INADVERTIDAMENTE TRAFEGAVA PELA CONTRAMÃO DE DIREÇÃO. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES VERIFICADAS NO BOLETIM DE OCORRÊNCIA, PROVA TESTEMUNHAL E FOTOGRAFIAS DO LOCAL. CULPA CONCORRENTE NÃO VERIFICADA. ALEGADA FALTA DE SINALIZAÇÃO NO LOCAL OU MESMO EXCESSO DE VELOCIDADE POR PARTE DO PREPOSTO DA EMPRESA AUTORA QUE NÃO SE MOSTRAM PREPONDERANTES PARA A OCORRÊNCIA DO ACIDENTE. RESPONSABILIDADE EVIDENCIADA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANOS MATERIAIS. DOCUMENTOS ACOSTADOS QUE COMPROVAM DE MANEIRA SEGURA O PREJUÍZO SOFRIDO. IRRELEVÂNCIA DE OS ORÇAMENTOS APRESENTADOS ESTAREM EM NOME DE TERCEIRO. DESPESA REFERENTE AO SERVI-

ÇO DE GUINCHO QUE DEVE SER EXCLUÍDA. TRANSPORTE DO CAMINHÃO QUE FOI PAGO POR TERCEIRO. LUCROS CESSANTES. TEMPO QUE O CAMINHÃO PERMANECEU PARADO E IMPORTÂNCIA QUE DEIXOU DE RECEBER DOCUMENTALMENTE COMPROVADOS. DESPESAS COM DESGASTES DO VEÍCULO, COMBUSTÍVEL, PEDÁGIOS QUE NÃO RESTARAM COMPROVADAS PELOS RÉUS. EXEGESE DO ART. 333, II, DO CPC. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

“De acordo com a jurisprudência desta Corte, em razão de conferir maior efetividade e agilidade à prestação jurisdicional, é possível a flexibilização do princípio da identidade física do juiz e do princípio do juiz natural”. (AgRg no Ag 1144374/RS, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Quarta Turma, julgado em 14/04/2011) (TJSC, Apelação Cível n. 2011.024451-0, de Turvo, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, com votos vencedores dos Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 31-05-2011, sem grifo no original).

Com efeito, consoante a evolução processual, o legislador e os operadores do direito verificaram a necessidade do abrandamento desse princípio, razão pela qual não há porque declarar a nulidade quando não evidenciado prejuízo às partes, sobretudo porquanto, se entendesse necessário, poderia o Juiz sentenciante repetir as provas já produzidas ou determinar a realização de outras.

Por derradeiro, o prejuízo a que se refere o artigo não decorre da improcedência do pedido, mas de erro processual ou quanto à própria cognição dos fatos, o que não se verifica no presente caso, pois o que a autora alega serem premissas equivocadas, constitui, em verdade, o juízo de valor efetuado pelo Magistrado.

À vista disso, afasta-se a preliminar invocada.

3. A Carta Magna em seu art. 5º, X, estabelece que *“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegura-*

do o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

De igual sorte, o Código Civil prevê em seu art. 186 que: *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.*

Na mesma esteira e no que toca à obrigação de reparar o dano, não se deve perder de vista o que restou disposto no art. 927 do mesmo Diploma Legal: *“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”*

Sobre a violação da honra, colhe-se da obra de Rui Stoco:

O direito à honra, como sabem, se traduz juridicamente em larga série de expressões compreendidas como princípio da dignidade humana: o bom nome, a fama, o prestígio, a reputação, a estima, o decoro, a consideração, o respeito.

[...] a honra da pessoa é um bem resguardado pela Lei Maior e pela legislação infraconstitucional. Se ofendido, o gravame haverá de ser reparado, segundo os reflexos nocivos ocorridos no mundo fático.

Deste modo, se atingido o patrimônio, a indenização terá caráter patrimonial. Se, contudo, o prejuízo for apenas moral, mas efetivo, esse será a natureza da indenização devida (*Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2ª ed. São Paulo: RT. 1995, pp. 471-472).

Acerca do mesmo tema, preleciona, ainda, Yussef Said Cahali:

[...] tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio,

como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral (*Dano Moral*, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 20-21).

[...] na conjuntura atual, é necessário um equilíbrio nas relações entre a imprensa e a necessidade de resguardar a imagem, que é, sem dúvida, a representação única da pessoa humana, a simples divulgação ou reprodução da imagem da pessoa, nos casos excepcionados em que não se reclama o seu consentimento prévio, somente se considera ilícita se molesta a sua honra, reputação, intimidade ou dignidade (*Dano Moral*, 2ª ed., p. 549).

No presente caso, está devidamente comprovado nos autos que os réus foram responsáveis pela confecção e colocação de faixas em via pública com dizeres a respeito da autora, todos manifestando discordância com o fato desta ter assumido o cargo de diretora da escola Clara Donner.

Os fatos inclusive geraram a instauração de ação penal contra os réus, sendo-lhes imputada a prática do crime de injúria, agravado por ter sido cometido contra funcionária pública no exercício de suas funções (arts. 140 e 141, § 2º, do Código Penal. Contudo, houve a extinção da punibilidade, tendo em vista a ocorrência da prescrição (fl. 216).

A seguir, transcreve-se a brilhante fundamentação do Magistrado singular no que tange à autoria dos fatos, questão contra a qual não se insurgiram os réus (fls. 455/456):

“A declaração de Airton Tridapalli perante a autoridade policial é segura de que “mencionadas faixas foram confeccionadas a pedido do Sr. Felinto da Prefeitura Municipal de Timbó” e que “a Sra. Janete de tal, retirou as faixas de sua empresa, sendo que as mesmas foram pagas

pelo Sr. Felinto” (fls. 38). Aliás, frisa-se que esses elementos de convicção foram suficientes para configurar a justa causa para instauração de ação penal contra os réus (fls. 41/43).

O réu Felinto declarou em juízo que “pagou as faixas mencionadas na peça exordial, porém nem conhecia quem as confeccionou” (fls. 293); e a ré Janete afirmou “que buscou tais faixas na casa de Airton Tridapalli” (fls. 294). Embora Airton Tridapalli tenha retificado suas declarações em juízo (fls. 296), reiterou o depoimento no sentido de que “cobrou o serviço do Sr. Felinto junto ao gabinete da Prefeitura”.

Assim, tem-se por incontroverso que Janete retirou as faixas do local em que foram confeccionadas enquanto Felinto as pagou.

Inexiste qualquer justificativa para admitir como verdadeiro, ainda que remotamente, o fato de Felinto ter pagado sem ao menos saber quem ordenou a confecção das faixas, senão ele próprio ou alguém próximo a si.

Já a ré Janete alega que teria recebido o telefonema de pessoa que não reconheceu pela voz, tendo ido a pedido desta retirar as faixas sem ao menos olhar o conteúdo delas e, ainda por cima, afirma que as faixas teriam sido subtraídas de sua sacada e postas ao conhecimento público, coincidentemente com dizeres se tratando de Leila, pessoa com a qual teve desavenças profissionais. Tese plausível, não fosse absurda!

É que não há um motivo sequer para crer que Janete faria essa liberalidade sem razão alguma ou que alguém teria conhecimento e estivesse interessado em subtrair as faixas da sacada para serem colocadas na rua, enfim, que tudo teria ocorrido ao mais singelo acaso. No mínimo a conduta de Janete seria culposa por tamanha negligência (art. 186, CC), não a isentando da responsabilidade”.

Para a avaliação do dano moral em decorrência da conduta já nar-

rada, transcrevem-se as frases constantes nas faixas, segundo consta no termo de apreensão (fl. 34) e nas fotografias (fls. 31/32 e 319):

A comunidade Clara Donner quer JANETE DALAGNOLO como diretora da E. E. F. Clara Donner.

Não queremos Leila na direção da E. E. F. Clara Donner.

Fora Leila, não aceitamos você aqui. Comunidade Clara Donner.

A Comunidade Clara Donner não quer a Sra. Leila.

Com efeito, verifica-se que tais dizeres não excederam o limite do *animus narrandi*, pois refletem apenas sentimentos de insatisfação da comunidade quanto à nomeação da autora como diretora da escola Clara Donner. Em momento algum foram feitas afirmações injuriosas contra a autora que maculassem a sua honra ou sugerissem que não teria realizado um bom trabalho durante sua gestão anterior como diretora.

Embora os réus não tenham assinado as faixas com seus próprios nomes, assim o fizeram genericamente em nome da “Comunidade Clara Donner”, deixando claro que a insatisfação partia de pessoas de alguma forma ligadas à escola. Em razão disso, não se verifica afronta ao princípio constitucional da liberdade de expressão, que veda o anonimato (art. 5º, VI).

Portanto, resta evidente que a autora não sofreu abalo moral, pois a colocação de faixas em via pública com os dizeres referidos acima não se mostrou vexatória ou constrangedora, ou seja, não houve prática de ofensas à sua honra e imagem de maneira injuriosa e irrefletida.

E conforme é cediço, eventual ofensa à honra de qualquer pessoa há de ter embasamento numa afirmação (acusação) injusta, com o propósito deliberado de comprometer o conceito pessoal de outrem, o que

certamente não se verifica na hipótese em exame. Dessa forma, não se evidencia o alegado abalo moral.

Em casos semelhantes, assim decidiu esta Corte:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COLUNA VEICULADA EM JORNAL, NA QUAL O AUTOR TERIA SIDO COMPARADO AO ENTÃO GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL, AFASTADO POR SUSPEITA DE CORRUPÇÃO. INOCORRÊNCIA. SIMPLES MENÇÃO ÀQUELE CASO SEM COMPARAÇÕES DE ATITUDES POR PARTE DO COLUNISTA. NOTÍCIA QUE APENAS RELATOU FATOS (*ANIMUS NARRANDI*). DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DO APELANTE NÃO CONFIGURADA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Eventual ofensa à honra de qualquer pessoa há de ter embasamento numa afirmação (acusação) injusta, com o propósito deliberado de comprometer o conceito pessoal de outrem. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.015217-9, de Mafra, deste Relator, com votos vencedores dos Exmos. Srs. Ses. Fernando Carioni e Saul Steil, j. 17-04-2012).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINAR AFASTADA. PROGRAMA DE RÁDIO. DECLARAÇÕES DESABONADORAS. OCUPANTES DE CARGOS POLÍTICOS. DIREITO DE INFORMAÇÃO. PREPONDERÂNCIA AO INTERESSE DA COLETIVIDADE. OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA REFUTADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Em se tratando de agentes políticos, a revelação de determinados fatos não constitui ofensa à honra, na medida em que a proteção jurídica a essas pessoas esbarra no interesse de informação da coletividade.

A veiculação de notícia desabonadora só autoriza a responsabilização por eventuais danos de ordem moral quando evidenciado o intuito específico de agredir moralmente a vítima, pois, no mais, deve prevalecer o *animus narrandi*, imperativo do exercício regular de direito abrangido pelos órgãos in-

formativos. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.054069-7, de Joaçaba, rel. Des. Fernando Carioni, j. 15-12-2009).

DIREITO CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL IMPRENSA - PUBLICAÇÃO DE NOTA JORNALÍSTICA - OFENSA À IMAGEM E REPUTAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA - RECURSO DO AUTOR - REVELIA DO REQUERIDO - PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS FATOS - COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO - OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA - INACOLHIMENTO - OFENSA À HONRA DO AUTOR - TEXTO INOFENSIVO - *ANIMUS NARRANDI* - DEVER DE INDENIZAR AFASTADO - RECURSO DESPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.

A ocorrência de revelia, por si só, não conduz à procedência do pedido inicial, incumbindo ao autor comprovar o fato constitutivo de seu direito, sob pena de improcedência. Patenteado que a matéria jornalística continha apenas o *animus narrandi*, descabida é a indenização por danos morais. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.066712-3, de Itapema, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 13-02-2014).

Assim, por não se identificar na hipótese a alegada conduta antijurídica, bem como o dano moral, não há que se falar em responsabilidade civil.

4. Ante o exposto, vota-se no sentido de indeferir o benefício da justiça gratuita à ré, afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Apelação Cível n. 2014.023922-6, de Timbó

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SUSCITADO CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRETENDIDA A PRODUÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE ELEMENTOS DE PROVA, ESPECIALMENTE DOCUMENTAL, SUFICIENTES AO PLENO CONVENCIMENTO DO JULGADOR. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NESTA CORTE DE JUSTIÇA. RÉU QUE PICHOU MURO COM DIZERES QUE IMPUTAM PRÁTICA CRIMINOSA AO AUTOR. ALEGAÇÃO DO RÉU DE QUE A PICHAÇÃO VISAVA PROTESTAR CONTRA A DELEGACIA DO MUNICÍPIO DE DOUTOR PEDRINHO E NÃO INDIVIDUALIZAVA A PESSOA DO AUTOR. INSUBSISTÊNCIA. AFIRMAÇÕES INVEROSSÍMEIS DO RÉU, ANTE A AUSÊNCIA DE MENÇÃO À DELEGACIA E UMA VEZ QUE OS FATOS OCORRERAM EM MUNICÍPIO COM MENOS DE 4 MIL HABITANTES, SENDO IMPROVÁVEL QUE A IMPUTAÇÃO SE DESTINASSE A OUTRA PESSOA DE MESMO NOME. CONDUTA IMPRUDENTE E ILÍCITA DO RÉU QUE NÃO SE COADUNA COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INSCULPIDOS NA CARTA MAGNA, EM ESPECIAL O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LESÃO À HONRA E À RESPEITABILIDADE DO AUTOR. DANO MORAL A SER REPARADO PORQUE PRESUMÍVEL NA ESPÉCIE. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS ARTS. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA DAS PARTES EM RELAÇÃO AO *QUANTUM*. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Por se revestir de juridicidade e legalidade, não merece censura o julgamento antecipado da lide quando o Magistrado, ao verificar que existem provas suficientes nos autos para o seu convencimento, desatende pleito de produção de provas (pericial, testemunhal), quando a parte não apresenta a mais ténue justificativa, e sobretudo, quando não se verifica a sua conveniência e

a sua imprescindibilidade. Sua Excelência, na verdade, prestigia os princípios da persuasão racional, da economia, da instrumentalidade e da celeridade processual.

2. Configurado o ato ilícito, nasce para o responsável o dever de indenizar os danos dele decorrentes. São presumidos os danos morais resultantes imputação caluniosa de prática de crime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.023922-6, da comarca de Timbó (2ª Vara Cível), em que é apelante Heinz José Bowens, e apelado Clóvis Otaviano Moser:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

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, 13 de maio de 2014.

Marcus Tulio Sartorato

RELATOR

RELATÓRIO

Adota-se o relatório da sentença recorrida que é visualizado à fl. 77, por revelar com transparência o que existe nestes autos, e a ele acrescenta-se que o MM. Juiz de Direito, Doutor João Batista da Cunha Ocampo Moré julgou precedente o pedido do autor, condenando o réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), atualizado pelo INPC a partir da publicação da sentença e acrescido de juros de mora de 1% a contar do ato ilícito.

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação (fls. 81/86), no qual suscita, preliminarmente, o cerceamento de defesa, uma vez que não foi realizada a produção de prova testemunhal. No mérito, aduz que a pichação no muro não foi com o intuito de ofender a honra do autor, mas sim teve o escopo de protestar contra a Delegacia de Polícia do município de Doutor Pedrinho.

Em contrarrazões, o autor pugna pela manutenção do veredicto (fls. 93/96).

VOTO

1. O réu pleiteia a anulação da sentença por cerceamento de defesa, uma vez que em razão do julgamento antecipado da lide não lhe foi oportunizada a produção de prova testemunhal tendente a demonstrar a improcedência do pedido.

No entanto, inexistente cerceamento de defesa quando o juiz, considerando desnecessária a dilação probatória, julga antecipadamente a lide com base nos elementos até então coligidos. É o que determina o Código de Processo Civil se a “*questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência*” (art. 330, I). Ademais, ao delimitar as provas necessárias, deverá o magistrado indeferir “*as diligências inúteis ou meramente protelatórias*” (CPC, art. 130).

Esta Corte de Justiça reiteradamente tem adotado esse entendimento: AC n.º 2012.005362-0, deste Relator, AC n.º 2012.000443-8, Des. Fernando Carioni; AC n.º 2011.087091-3, Des.ª Maria do Rocio Luz Santa Ritta; AC n.º 2011.099935-4, Des. Saul Steil; AC n.º 2012.005676-7, Des. Luiz Carlos Freyesleben.

A propósito, pelo princípio do livre convencimento motivado e pelas provas documentais até então coligidas, não se pode reprimir o enten-

dimento do sentenciante de considerar que a dilação do procedimento não alteraria seu juízo acerca da questão colocada em debate.

O processo de conhecimento possui o escopo precípuo de convencer o magistrado acerca dos fatos alegados e dos fundamentos jurídicos aplicáveis à situação em exame. Portanto, sendo a finalidade da prova justamente formar o convencimento do Juiz, não basta que a parte apenas suscite a ocorrência de cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide, é preciso que demonstre a relevância e a pertinência do meio probatório que lhe foi suprimido, além de sua aptidão para alterar o posicionamento adotado.

Aliás, presentes as condições de julgamento antecipado do feito, esta providência constitui dever do Magistrado e não sua faculdade, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “*presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do Juiz, e não mera faculdade, assim proceder*” (STJ - 4ª Turma, RESP nº 2.832-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

Assim, afasta-se a preliminar destacada.

2. A Carta Magna em seu art. 5º, X, estabelece 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*”.

De igual sorte, está previsto no art. 186 do atual Código Civil que: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”.

Na mesma esteira e no que toca à obrigação de reparar o dano, não se deve perder de vista o que restou disposto no art. 927 do mesmo diploma legal: “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*.”

Sobre o tema ato ilícito, da doutrina, em especial dos ensinamentos de Maria Helena Diniz, colhe-se que “*para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; c) nexos de causalidade entre o dano e o comportamento do agente*” (Código Civil anotado, Saraiva, 1999, 5ª ed., p. 169).

Para Serpa Lopes, responsabilidade “*significa a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de uma culpa ou de uma circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva*” (Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações: responsabilidade civil, Freitas Bastos, 2001, 5ª ed., v. 5, p. 160).

Ensina José Aguiar Dias que “*a culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua conduta. [...] Consiste a imprudência da precipitação no procedimento inconsiderado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato. É a afoiteza no agir, o desprezo das cautelas que devemos tomar em nossos atos*” (Da responsabilidade civil, Forense, 1997, 10ª ed., v. I, p. 120). Neste sentido, entende-se que “*o grande fundamento da culpa está na previsibilidade. Pois ela consiste na conduta voluntária que produz um resultado antijurídico, não querido, mas previsível ou excepcionalmente previsto, de tal modo que, com a devida atenção, poderia ser evitado*” (RT 415/242).

Afirma ainda Carlos Alberto Bittar:

O ser humano, porque dotado de liberdade de escolha e de discernimento, deve responder por seus atos. A liberdade e a racionalidade, que compõe a

sua essência, trazem-lhe, em contraponto, a responsabilidade por suas ações ou omissões, no âmbito do direito, ou seja, a responsabilidade é corolário da liberdade e da racionalidade.

Impõe-se-lhe, no plano jurídico, que responda pelos impulsos (ou ausências de impulsos) dados no mundo exterior, sempre que estes atinjam a esfera jurídica de outrem.

Isso significa que, em suas interações na sociedade, ao alcançar direito de terceiro, ou ferir valores básicos da coletividade, o agente deve arcar com as conseqüências, sem o que impossível seria a própria vida em sociedade.

[...]

Com efeito, das ações que interessam ao direito, umas são conformes, outras desconformes ao respectivo ordenamento, surgindo, daí, os ‘atos jurídicos’, de um lado, e os ‘atos ilícitos’, de outro, estes produtores apenas de obrigações para os agentes.

Entende-se, pois, que os ilícitos, ou seja, praticados com desvio de conduta – em que o agente se afasta do comportamento médio do *bonus pater familias* – devem submeter o lesante à satisfação do dano causado a outrem.

Mas, em sua conceituação, ingressam diferentes elementos, tendo-se por pacífico que apenas os atos resultantes de ação consciente podem ser definidos como ilícitos. Portanto, à antijuridicidade deve-se juntar a subjetividade, cumprindo perquirir-se a vontade do agente. A culpa *lato sensu* é, nesse caso, o fundamento da responsabilidade.

Assim sendo, para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração na esfera de outrem.

Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência, imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato).

[...]

Deve, pois, o agente recompor o patrimônio (moral ou econômico) do lesado, ressarcindo-lhe os prejuízos acarretados, à causa do seu próprio, desde que represente a subjetividade do ilícito (Responsabilidade civil na atividades perigosas, *in* Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência, 1988, p. 93-5).

No caso vertente, constitui fato incontroverso que o réu efetuou a seguinte pichação “Clóvis mato (*sic*) o cachorro do Carlos” (fl. 16).

O autor, que se chama Clóvis, alega que alguns dias antes da pichação no muro, um cachorro que pertencia a Carlos Valdeci Floriano morreu envenenado. De acordo com o autor, o réu lhe imputou verbalmente a prática do referido crime e fez o mencionado ato de vandalismo para incriminá-lo publicamente.

O réu, que confirma a autoria da pichação, alega que o fez como ato de protesto contra a Delegacia de Doutor Pedrinho, porquanto compareceu à repartição com o intuito de registrar um boletim de ocorrência, de onde alega que foi expulso por um policial e chingado de “velho bêbado”. De acordo com o réu, o intuito era protestar pelas mortes de cachorros que estavam ocorrendo na vizinhança e que não houve individualização da ofensa, pois apenas usou o nome próprio “Clóvis” sem fazer menção especificamente ao autor.

Além de pouco verossímil a versão do réu, há que se ter em mente que o município de Doutor Pedrinho tem aproximadamente 3.800 (três mil e oitocentos habitantes), o que reduz consideravelmente a probabilidade de ter o réu pretendido atingir a moral de outra pessoa, ou de outro “Clóvis”.

Tampouco é crível a alegação de que pretendia protestar contra a delegacia do município, uma vez que sequer mencionado referido órgão

na indigitada pichação, mas sim imputa a prática criminosa diretamente à pessoa de Clóvis, presumivelmente o autor. Demais disso, não faz qualquer sentido a afirmação do réu de que pretendia pichar “Matam o Clóvis, Matam o Cachorro do Carlos e ninguém faz nada”, pois iniciou sua frase com “Clóvis mato (*sic*)”, dispensando tal assertiva maiores digressões.

Assim, não pairam dúvidas acerca do ato ilícito passível de indenização por dano moral cometido pelo réu, que foi imprudente ao imputar ao autor a prática de atividade tipificada como crime, qual seja, a morte de um cachorro.

Sobre a ocorrência de abalo moral em virtude da imputação falsa de prática criminosa, já pronunciou-se esta Câmara:

CONSTITUCIONAL E RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MATÉRIA JORNALÍSTICA. IMPUTAÇÃO DE CRIME DE PORTE DE ARMAS. DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIA INVERÍDICA. ATRIBUIÇÃO INDEVIDA DE PECHA DE CRIMINOSO AO AUTOR. ALEGAÇÃO DE REPASSE DE INFORMAÇÕES EQUIVOCADOS PELA AUTORIDADE POLICIAL. INSUBSISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS NESSE SENTIDO. ÔNUS QUE COMPETIA A RÉ, NOS TERMOS DO ART. 333, II, DO CPC. FALTA DA DILIGÊNCIA NA COLHEITA DE INFORMAÇÕES. CONDUTA NEGLIGENTE VERIFICADA. ABUSO DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE IMPRENSA (CF/88, ART. 5º, IX E ART. 220, §§ 1º E 2º). ABALO MORAL PRESUMIDO (*IN RE IPSA*). LESÃO À HONRA E À DIGNIDADE. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO ARBITRADO EM R\$ 3.000,00, QUE CORRESPONDE ATUALMENTE À QUANTIA PRÓXIMA DE R\$ 4.283,97. PRETENDIDA MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VALOR QUE DIANTE DO CASO CONCRETO SE MOSTRA JUSTO E PEDAGOGICAMENTE EFICAZ. INDENIZAÇÃO EM QUANTIA SUPERIOR QUE PODERIA CAUSAR A RUÍNA DA ATIVIDADE COMERCIAL DA RÉ (PEQUENA EMPRESA INDIVIDUAL). OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PRO-

PORCIONALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DA RÉ E RECURSO ADESIVO DO AUTOR DESPROVIDOS. 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 pelo danos morais suportados. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.039404-8, de Santa Rosa do Sul, deste Relator, com votos vencedores do Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni e da Exma. Sra. Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 30-07-2013).

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPUTAÇÃO DE FURTO EM SUPERMERCADO. DESCONFIANÇA INFUNDADA. CONDUCTA DO ABORDADO, ADEMAIS, COMPLETAMENTE INSUSPEITA ANTES DA SUA DETENÇÃO. DESCAUTELA DO PREPOSTO DO RÉU. OFENSA À HONRA SUBJETIVA DO AUTOR. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. RECURSO DESPROVIDO. É certo que qualquer estabelecimento comercial pode defender o seu patrimônio, cabendo aos seus agentes, inclusive, a prisão em flagrante dos autores de crime consumado ou tentado dentro das suas dependências, nos termos do que dispõem os arts. 301 e 302, I a IV do Código de Processo Penal. Não pode, no entanto, agir de forma imoderada, atingindo direitos de outrem e detendo de forma discricionária qualquer um que vislumbre cometedor de delito no seu interior, sem que haja ao menos suspeita fundada em relação àquela pessoa. Caracteriza dano moral a abordagem pública e precipitada de pessoa que, em atitude completamente insuspeita, comportando-se de forma normal e já se retirando das dependências do estabelecimento, viu-se obrigada a devolver sua cesta por ter sido erroneamente imputada de furto por funcionários, perante todos os presentes no estabelecimento, sendo escusado pela empresa ré apenas após a constatação de que o ticket correspondente estava no local devido, em nome do autor. O grande constrangimento sofrido em meio a uma multidão de pessoas gera ofensa à honra subjetiva da vítima. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. SUBJETIVIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. “Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-eco-

nômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima.” (STJ, Resp. 355392/RJ, rel. Min. Castro Filho, j.26.03.02). (TJSC, Apelação Cível n. 2011.029271-7, de Caçador, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, com votos vencedores do Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni e do Exmo. Sr. Des. Saul Steil, j. 30-08-2011).

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. PRELIMINAR RECHAÇADA. CARTAS ANÔNIMAS. ACUSAÇÃO DE PRÁTICA DE CRIME E IMPUTAÇÃO DE FATOS OFENSIVOS À HONRA. CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. OFENSOR CONFESSO. CONJUNTO PROBATÓRIO CONVERGENTE COM A TESE DO AUTOR. ATO ILÍCITO COMPROVADO. DEVER DE COMPENSAR O ABALO GERADO. FIXAÇÃO DO *QUANTUM*. OBSERVÂNCIA AOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS. “A legitimidade das partes tem como escopo estabelecer o contraditório entre as pessoas certas, porque o processo visa a sanar controvérsias e não curiosidades. [...] Por seu turno, a legitimidade apresenta duplo aspecto, a saber: ativo e passivo; por isso, ambas as partes devem ser os reais destinatários da sentença de mérito. [...] A verificação dos sujeitos da pretensão no plano material é de capital importância para a fixação da ‘legitimatio ad causa ativa e passiva’” (FUX, Luiz. Curso de direito processual civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 157). A confissão do autor da carta ofensiva a honra de terceiro, confortada pelas demais provas documentais jungidas aos autos no transcurso da ação, é o que basta para impor uma obrigação pecuniária compensatória pelo abalo moral gerado. O dano moral é o prejuízo de natureza não patrimonial que afeta o estado anímico da vítima, seja relacionado à honra, à paz interior, à liberdade, à imagem, à intimidade, à vida ou à incolumidade física e psíquica. Assim, para que se encontre um valor significativo a compensar este estado, deve o magistrado orientar-se por parâmetros ligados à proporcionalidade e à razoabilidade, ou seja, deve analisar as condições financeiras das partes envolvidas, as circunstâncias que geraram o dano e a amplitude do abalo experimentado, a fim de encontrar um valor que não seja exorbitante o suficiente para gerar enriquecimento ilícito, nem irrisório a ponto de dar azo à

renitência delitiva. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.005026-4, de Rio do Sul, rel. Des. Fernando Carioni, com votos vencedores deste Desembargador e da Exma. Sra. Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 06-04-2010).

3. Configurado o dano moral, nasce para o responsável a obrigação de repará-lo, independentemente de comprovação dos prejuízos sofridos, uma vez que a imputação de prática criminosa em si já presume uma série de efeitos indesejáveis, como reprovação e segregação no seio social.

Acerca da natureza dos danos morais, prelecionam Carlos Alberto Bittar e Cahali:

Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria violação da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social) (Reparação civil por danos morais, RT, 1992, p. 41).

Diversamente, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa (op. cit., p. 42).

Especificamente em relação às conseqüências ocasionadas pelo abalo de crédito, lecionam Yussef Said Cahali e Fabrício Zamprogna Matielo:

O crédito, na conjuntura atual, representa um bem imaterial que integra o patrimônio econômico e moral das pessoas, sejam elas comerciantes ou não, profissionais ou não, de modo que a sua proteção não pode ficar restrita àqueles que dele fazem uso em suas atividades especulativas; o abalo da credibilidade molesta igualmente o particular, no que vê empenhada a sua honorabilidade, a sua imagem, reduzindo o seu conceito perante os concidadãos; o crédito (em sentido amplo) representa um cartão que estampa a nossa personalidade recebidas pelas pessoas que conosco se relacionam na diuturnidade da vida privada.

A reputação pessoal integra-se no direito da personalidade, como atributo da honra do ser humano, merecendo, assim, a proteção das normas penais e das leis civis reparatórias.

Sob a égide dessa proteção devida, acentua-se cada vez na jurisprudência a condenação daqueles atos que molestam o conceito honrado da pessoa, colocando em dúvida a sua probidade e seu crédito (Dano Moral, 1998, p. 358).

Os serviços de proteção ao crédito cadastram pessoas que descumprem suas obrigações nesse particular, impossibilitando a concessão de novas oportunidades. Em assim sendo, não fica difícil imaginar o transtorno causado a alguém cujo nome foi injustamente colocado no rol dos inadimplentes, ou em relação a quem não se fez a devida retirada do nome, após a regularização da situação. Tal fato, além da inviabilização da obtenção de novos créditos, traz abalo moral, face à consulta positiva nos arquivos do serviço e a conseqüente desvalorização íntima ou objetiva da vítima.

[...]

A indenização por danos morais, em casos dessa natureza, vem sendo admitida com força intensa nos Tribunais nacionais, visando disciplinar o cadastramento de informações e a sua regular utilização. Em conclusão, pode-se dizer que, havendo conduta censurável e aplicação de meios que diminuam moralmente alguém, interna ou externamente, provocando danos (desvalorização, desequilíbrio psicológico, discriminação etc), o atingido pode valer-se do pedido judicial de responsabilização civil por danos morais e materiais (Dano Moral, Dano Material e Reparação, Luzzato, 1995, p 133-134 – sem grifo no original).

Acompanha esse entendimento Antônio Jeová dos Santos:

O direito à indenização, o injusto suscetível de ressarcimento, nasce do próprio ato, do lançamento do nome da vítima no rol destinado a inadimplentes. Nada de exigir prova acerca da angústia e humilhação que o ofendido nem sempre se submete. O ilícito está no ato culposo de encaminhamento do nome de alguém nos bancos de dados que visam à proteção do crédito. E é o bastante para que haja indenização. Despiciendo se torna ao autor efetuar ginástica intelectual na tentativa de mostrar que sofreu vexação em algum estabelecimento comercial, quando foi efetuar compra e foi glosado porque seu nome apareceu na 'lista negra'. Este fato nem sempre ocorre e nem por isso, o ofensor deixará de ser responsável pela injuricidade de seu ato (Dano Moral Indenizável, Método, 2001, 3ª ed., p. 497).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência pátria:

Esta Corte já firmou entendimento que nos casos de inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa* (STJ, AgReg no AREsp n. 55.177, de Minas Gerais, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 14-08-2012).

Configurado o dano moral, nasce para o responsável a obrigação de repará-lo, independentemente de comprovação dos prejuízos sofridos, uma vez que o abalo de crédito em si já presume uma série de efeitos indesejáveis, como discriminação e desvalorização da pessoa (TJSC, Apelação Cível n. 2012.069397-4, de Itajaí, deste relator, com votos vencedores dos Exmos. Srs. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta e Saul Steil, j. 23-10-2012).

Por atingir porção mais íntima do indivíduo, o abalo decorrente da inscrição indevida do nome nos cadastros de proteção ao crédito não necessita de comprovação do prejuízo, visto amoldar-se como dano *in re ipsa* (TJSC, Apelação Cível n. 2012.056526-6, de Tubarão, rel. Des. Fernando Carioni, com votos vencedores deste relator e da Exma. Sra. Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 28-08-2012).

No caso em exame, não houve pleito subsidiário do réu para reduzir o valor da indenização. Embora o valor arbitrado na sentença (R\$ 2.000,00 - dois mil reais) esteja aquém dos parâmetros desta Câmara para casos análogos, tampouco é possível sua elevação, pois não houve recurso do autor com esse objetivo.

4. Ante o exposto, vota-se pelo desprovimento do recurso.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2013.065549-6, de Capivari de Baixo

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

DIREITO DE FAMÍLIA. SOBREPARTILHA. PRETENSÃO DO VARRÃO À DIVISÃO DE IMÓVEL ADQUIRIDO PELO CASAL NO CURSO DO MATRIMÔNIO. REGISTRO DOMINIAL QUE AINDA CONSTA A TITULARIDADE CONJUNTA DO BEM. DEMANDADA QUE, À GUISA DE DEFESA, ALEGA A OCORRÊNCIA DA USUCAPIÃO. INCONTROVERSO ABANDONO DO LAR, PELO AUTOR, NO LONGÍNQUO ANO DE 1967, DEIXANDO À PROPRIA SORTE A ESPOSA E OS 7 (SETE) FILHOS COMUNS. AFASTAMENTO QUE SE DEU DE FORMA UNILATERAL, VOLUNTÁRIA E COMPLETA. DIVÓRCIO DECRETADO APENAS EM 2000. SENTENÇA INACOLHEDORA DO PLEITO EXORDIAL. USUCAPIÃO ENTRE CÔNJUGES. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA IMPEDITIVA À PRESCRIÇÃO AQUISITIVA (ARTS. 197, INC. I, E 1.244 DO CC/2002, CORRESPONDENTES AOS ARTS. 168, INC. I, E 553 DO CC/1916). ABANDONO DO NÚCLEO FAMILIAR A PARTIR DO QUAL SUCEDEU A SEPARAÇÃO DE FATO DO CASAL. COMPLETA DISSOCIAÇÃO DO VÍNCULO AFETIVO E ESVAZIAMENTO DOS LAÇOS MATRIMONIAIS. INEXISTÊNCIA DE MANCOMUNHÃO. CESSAÇÃO, NAQUELE ENSEJO, DOS EFEITOS PRÓPRIOS AO REGIME DE BENS. POSSE EXERCIDA DE FORMA EXCLUSIVA E EM NOME PRÓPRIO PELA VIRAGO SOBRE O IMÓVEL POR 45 (QUARENTA E CINCO) ANOS ININTERRUPTOS, SEM QUALQUER OPOSIÇÃO DO VARRÃO. REGRA OBSTATIVA DA USUCAPIÃO ENTRE OS CÔNJUGES QUE DEVE MERECER INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA, OU SEJA, CONFORME O ESCOPO DA NORMA E NA CONFORMIDADE DA EVOLUÇÃO DOS INSTITUTOS DO DIREITO DE FAMÍLIA.

ACOLHIMENTO DA TESE DE USUCAPIÃO COMO DEFESA QUE SE AFIGURA PERFEITAMENTE VIÁVEL. PRECEDENTE DA CORTE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A posse exercida exclusivamente pelo cônjuge separado de fato sobre o imóvel que serve de residência à família, pode, excepcionalmente, dar ensejo à usucapião do bem registrado em conjunto, a depender das circunstâncias, quando ficar demonstrado cabalmente que essa posse unilateral é exercida em nome próprio e não por convenção entre as partes ou imposição judicial, tampouco se qualificando como mera tolerância do outro cônjuge enquanto pendente a partilha definitiva dos bens.

2. Assim sendo, a norma que impede a fluência dos prazos de usucapião entre os cônjuges enquanto não dissolvida a sociedade conjugal – art. 197, inc. I, do CC/02, correspondente ao art. 168, inc. I, do CC/16 –, deve merecer interpretação teleológica, sob a ótica, portanto, da evolução dos institutos no âmbito do Direito de Família, tanto mais porque o escopo da regra é salvaguardar a unidade patrimonial da família enquanto harmônicos os interesses dos consortes e existente o vínculo de afeto que ensejou, em primeiro plano, o casamento.

3. Destarte, se a posse exercida por um dos cônjuges sobre o bem não decorre da mancomunhão – mas, ao contrário, é exercida por mais de 45 (quarenta e cinco) anos pela virago de forma exclusiva, em virtude do completo abandono do núcleo familiar e dos bens pelo esposo –, deve ser reconhecida a usucapião como defesa e merecer rejeição, de conseguinte, a pretensão do desertor de partilhar o imóvel que serviu de abrigo, nesses anos todos, ao que sobrou da família desfeita.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.065549-6, da comarca de Capivari de Baixo (Vara Única), em que é apelante P. P. T. e apelada M. T. P.:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargador Victor Ferreira e Desembargador Jorge Luis Costa Beber.

Florianópolis, 05 de junho de 2014.

Eládio Torret Rocha

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Sentença lançada pelo magistrado Antônio Carlos Ângelo julgou improcedente o pedido formulado na ação de sobrepartilha n. 163.08.002350-0, da comarca de Capivari de Baixo, ajuizada por P. P. T. contra M. T. P., sujeitando o autor à satisfação dos ônus sucumbenciais, os quais, ao final, restaram suspensos em razão do deferimento dos benefícios da gratuidade judiciária (art. 12 da Lei n. 1.060/50).

Inconformado com o teor do decisório, apelou o vencido (fls. 220/224), alegando, como forma de obter o provimento do reclamo, que: a) o imóvel que pretende sobrepartilhar compõe o patrimônio amealhado na constância do casamento; b) embora haja sido decretado o divórcio do casal, a partilha dos bens não foi operada em razão de haver sido revel na referida ação; c) pendendo condomínio sobre o bem, faz-se necessária a sobrepartilha; d) o art. 1.244 do Código Civil dispõe que as causas interruptivas da prescrição também se aplicam à aquisição da propriedade por meio da usucapião; e) desta forma, não se pode considerar que a recorrida haja usucapido o imóvel em razão da posse exclusiva, porquanto o prazo de usucapião não corre em favor de um cônjuge contra o outro na constância do casamento; e, f) não podendo se falar de usucapião como matéria de defesa, deve ser revertida a sentença para o fim de se julgar procedente o pedido de sobrepartilha sobre o imóvel.

Respondendo ao reclamo (fls. 228/231), a apelada argumentou, em síntese, que a sentença deve ser mantida na íntegra.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo.

Sr. Dr. Tycho Brahe Fernandes, o qual informou da inexistência de interesse ministerial no feito (fls. 236/237).

Este é o relatório.

VOTO

1 – Retrospecto histórico

A questão fática é a seguinte: P. P. T. (autor) e M. T. P. (ré) casaram-se pelo regime de comunhão universal de bens em 25.06.1955 (fl. 10), tendo se divorciado à data de 01.09.2000 – por força da prolação da sentença na ação n. 075.99.004662-6 (fl. 15) –, inobstante a separação de fato houvesse ocorrido muito tempo antes, ou seja, desde o longínquo ano de 1967, quando, segundo é incontroverso nos autos, o varão abandonou o lar conjugal, deixando para trás seus bens e à própria sorte a esposa e os 7 (sete) filhos do casal.

Em face da revelia do varão na referida ação de divórcio, não foi concretizada, naquele ensejo, a divisão dos bens que compunham o patrimônio conjugal, de forma que em 21.11.2008 (fl. 02) ele ajuizou a presente demanda, objetivando sobrepartilhar o único imóvel adquirido conjuntamente no curso do matrimônio, ou seja, um terreno rural de 520 m² (quinhentos e vinte metros quadrados) com benfeitoria, localizado no bairro Baixo Capivari, no município de Capivari de Baixo, matriculado sob n. 286, à fl. 288v do Livro n. 3 do 1º Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Tubarão (fl. 17).

A demandada, em resposta, sustentou que o referido imóvel não pode ser partilhado, pois, embora esteja registrado tabularmente em condomínio entre os cônjuges, há muito exerce sobre ele posse exclusiva, com *animus domini*, sem qualquer oposição do demandante ou de terceiros, tendo-o, pois, adquirido pela via da usucapião.

A matéria defensiva, todavia, encontrou, de outro lado, forte resistência por parte do autor da demanda, sob o fundamento de que os prazos de prescrição aquisitiva não correm entre cônjuges enquanto perdurar a sociedade matrimonial, forte no art. 197, inc. I, do Código Civil de 2002 (art. 168, inc. I, do CC/1916), e, no período compreendido entre o divórcio e a propositura da ação, não restou transcorrido qualquer prazo legal de usucapião.

A sentença, ao final, acolhendo a alegação de usucapião como defesa, invocada pela ré, julgou improcedente o pedido de sobrepartilha do imóvel, à razão, portanto, da insurgência aviada pelo vencido que ora cuida de deslindar.

2 – Mérito da insurgência

Razão, todavia, penso não assistir ao recorrente.

Saliento, de pronto, a pretensão de sobrepartilha formulada pelo autor ser, ao menos em tese, viável, porquanto o imóvel que servia de residência ao casal – e, posteriormente, unicamente à demandada e os filhos –, foi adquirido por ambos os litigantes à data de 29.07.1966 (fl. 17) e não restou dividido ao ensejo da dissolução da sociedade conjugal pela sentença na ação de divórcio proposta pela demandada (n. 075.99.004662-6) (fl. 15), sendo a divisão, portanto, nos termos dos arts. 1.581 do CC, postecipada para o momento oportuno.

2.1 – Usucapião entre os cônjuges (matéria de defesa)

No entanto, o cerne da controvérsia diz respeito à viabilidade de se reconhecer ou não, no caso, a usucapião como matéria de defesa, alegada pela apelada na resposta à guisa de fato extintivo do direito do autor, sob o fundamento de que o exercício da posse exclusiva sobre o bem comum – abandonado pelo autor há mais de 45 (quarenta e cinco) anos, quando decidiu, inopinadamente, deixar o lar familiar para viver em paradeiro

desconhecido – faz-lhe adquirir a propriedade plena do imóvel, inviabilizando, então, a partilha desejada pelo apelante.

A discussão que interessa, pois, à solução da lide, perpassa, inafastavelmente, a análise sobre a aplicação ou não, à hipótese subjacente, da previsão normativa que impede a fluência do prazo de usucapião entre os cônjuges enquanto pendente o vínculo matrimonial (art. 197, inc. I, do CC, equivalente ao art. 168, inc. I, do CC/1916).

Enfatizo, neste ponto, antes de prosseguir, ser verdadeiramente despcienda, sob a ótica puramente pragmática, a decomposição analítica e teórica acerca da distinção entre os institutos jurídicos da usucapião e da prescrição (aquisitiva) – à qual se enveredou, com afinco, a sentença objurgada –, porquanto o que traz proveito saber, no caso, é que o art. 1.244 do CC (art. 553 revogado) dispõe aplicar-se também à usucapião as causas que obstem, suspendem e interrompem a prescrição em geral (art. 197, correspondente ao art. 168 revogado).

Assim, resta perquirir qual a extensão e aplicabilidade da norma que encerra causa impeditiva da prescrição (e da usucapião) entre os cônjuges na pendência da sociedade conjugal – o já mencionado art. 197, inc. I, do CC que espelha conteúdo semelhante ao revogado art. 168, inc. I, do CC/1916 –, se absoluta, de um lado, enquanto não dissolvido formalmente o matrimônio pelo divórcio, ou se, por outro, é admissível a flexibilização realizada casuísticamente na sentença, isto é, de restringir o impedimento legal da usucapião apenas até a separação de fato do casal, permitindo-se, a partir daí, a fluência do prazo aquisitivo em benefício do cônjuge que permaneceu no imóvel.

A discussão não é remansosa e exige, destarte, a confluência de raciocínios tanto de ordem positivista quanto teleológica. É que, como bem apontou a sentença, deve ser feita importante distinção entre as diferentes possibilidades conjunturais apresentadas nos casos concretos,

pois a aplicação indiscriminada da norma e das correntes interpretativas a determinada hipótese fática inafastavelmente poderia ocasionar injustiças de toda sorte, fugindo, pois, do escopo do instituto.

Penso, neste contexto, que o espírito da norma contida no art. 197, inc. I, do CC – “não corre a prescrição entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal” – possui origem na preservação do ente familiar e do patrimônio conjugal enquanto perdurar a *affectio maritalis*, fazendo com que entre os cônjuges não se extingam direitos enquanto remanescer a comunhão de propósitos e unicidade de interesses que ensejou, em primeiro plano, o casamento. É dizer, com outras palavras, que, presente o vínculo marital, um cônjuge não perde em favor do outro, pela prescrição ou usucapião, os direitos que consigo levou ao casar.

E, como se sabe, a sociedade conjugal termina, por definição legal, com a morte de um dos cônjuges, com a anulação do casamento, com a separação judicial ou com o divórcio (art. 1.571, incs. I a IV, do CC), de modo que a aplicação literal e sistemática dos dispositivos poderia ensejar a (a meu ver equivocada) conclusão de que enquanto não sobrevier a separação judicial ou divórcio – hoje unificados pela EC n. 66/2009 –, não corre, entre os cônjuges, em nenhuma hipótese, os prazos de prescrição e usucapião.

Todavia, vigora com preponderância a corrente interpretativa, encampada pela jurisprudência e pela doutrina a qual confere maior importância prática à separação de fato, fazendo com que o art. 197, inc. I, do CC seja lido sob outra ótica, admitindo que, conforme forem as circunstâncias da ruptura fática do matrimônio, possam os efeitos jurídicos e patrimoniais do divórcio incidirem desde o momento da separação de fato do casal.

A relevância dessa linha exegética, aliás, reside na conformação dos institutos jurídicos à realidade representada pelas escolhas do casal, pois,

evidenciando-se não mais existir, em absoluto, relação de afetividade a ser protegida pelos expedientes legais de blindagem patrimonial – tal como é, por exemplo, a norma que obstaculiza a prescrição e usucapião entre cônjuges –, falece de sentido a aplicação indiscriminada de seus comandos. Ou seja, se a situação fática demonstrar, às claras, a ruptura da comunhão de vida sem resquício de qualquer unidade de interesses, não há que se impor a vontade da lei de preservar a unicidade patrimonial.

A posse exercida exclusivamente pelo cônjuge separado de fato sobre o imóvel que serve de residência à família, pode, então, excepcionalmente, dar ensejo à usucapião, a depender das circunstâncias, quando ficar demonstrado cabalmente, por exemplo, que essa posse não se qualifica como mera tolerância do outro cônjuge enquanto pendente a partilha definitiva dos bens, ou o tendo deixado por opção, convenção, ou imposição – pense-se, por exemplo, na separação de corpos determinada judicialmente –, porque nesses casos a jurisprudência é pacífica quanto à impossibilidade de usucapião.

Cito, pois, *mutatis mutandis*, o seguinte precedente do TJSP sobre o tema:

“PARTILHA BENS. Regime da comunhão universal de bens. Único imóvel a ser partilhado, adquirido na constância do casamento. Separação judicial das partes em 1991 com a determinação, em sentença proferida nos autos, de que o requerente se afastasse do imóvel. Ré que alega prescrição aquisitiva sobre o imóvel comum, pois o mesmo fora abandonado pelo autor por quase 20 anos. *Alega, ainda, a ré desídia do requerente em relação à propriedade, pois o mesmo deixou de pleitear a partilha do bem no prazo determinado na r. sentença proferida nos autos da ação de separação judicial das partes. Ausência de abandono do imóvel, diante da desocupação forçada. Requerente que mantinha a posse indireta sobre o imóvel, pois se afastara do mesmo apenas por determinação judicial. Demora no ajuizamento da partilha não serve para conferir à requerida o domínio da meação do requerente, pois se*

trata de direito potestativo, não que pode ser exercido a qualquer tempo” (AC n. 0017926-68.2011.8.26.0564, de São Bernardo do Campo, Sexta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. em 26.07.2012, grifo meu).

No entanto, podem-se caracterizar, como no caso em comento, hipóteses outras em que a posse exercida unilateralmente por um dos consortes não se reveste de natureza mancomunhal, mas sim de exercício levado a efeito já na condição de pessoa que não mais guarda vínculo afetivo ou consorcial algum com o outro indivíduo, situação que, a bem da verdade, não difere, em absoluto, da vivência experimentada pelas pessoas já separadas ou divorciadas.

Desta forma, nos casos de prolongado abandono do lar familiar por um dos cônjuges é que a doutrina e a jurisprudência pátrias vêm procurando consolidar o entendimento de que é possível, para aquele que restou exercendo a posse sobre o imóvel residencial, adquirir-lhe a propriedade plena pela via da usucapião, exceptuando-se, para tanto, nesse contexto, a aplicação do art. 197, inc. I, do CC, o qual, no plano literal, impedir-lhe-ia a aquisição em razão da pendência de causa obstativa da prescrição/usucapião – qual seja, o casamento.

Tal raciocínio, aliás, foi determinante para a promulgação da Lei n. 12.424/2011 – a qual, conquanto inaplicável, por requisitos temporais de vigência, à hipótese em comento, traça-lhe importantes luzes interpretativas –, fazendo com que o cônjuge ou companheiro adquira, após 2 (dois) anos de posse *ad usucapionem* com fins de moradia, a propriedade exclusiva do imóvel abandonado pelo outro consorte.

Essa inovadora disposição, aliás, foi inserida no bojo do capítulo do Código Civil que regula a usucapião (art. 1.240-A), de forma que, não se há negar, operou-se verdadeira positivação da teoria acima lançada,

ou seja, de que o abandono do lar por um dos cônjuges e a conseqüente separação de fato do casal faz iniciar, ao consorte remanescente, a pretensão de usucapi-lo, não sendo indispensável, para que se tenha início o prazo, a dissolução formal do vínculo matrimonial por intermédio do divórcio, como se poderia erroneamente concluir através da interpretação literal do art. 197, inc. I, do CC.

É que, aprofundando ainda mais a argumentação, penso que a relação da esposa (ou esposo) abandonada em relação ao imóvel que lhe serve de residência não é aquela que caracteriza a detenção decorrente de mera tolerância – tal como é, repito, nos casos em que o varão a autoriza a permanecer na posse da casa enquanto não dividido o patrimônio –, mas passa a ser ela possuidora exclusiva do bem, conferindo-lhe função social e impedindo, pois, que se torne *res derelicta*.

Aliás, a depender do comportamento do cônjuge que o abandonou, o imóvel desditosamente sujeitar-se-ia, no plano hipotético, não se há negar, à arrecadação pelo município (se urbano) ou pela União (caso rural), na forma do art. 1.276, *caput* e § 1º, do Código Civil, dando azo, portanto, à extinção do direito de propriedade, a teor do art. 1.275, inc. IV, do mesmo Diploma, pois a presunção legal nesses casos é manifesta de que o titular não pretende conservá-lo em seu patrimônio (art. 1.276, § 2º).

Ora, se nesses casos o ente federativo pode arrecadar para si o imóvel abandonado – desde, claro, cumpridos os requisitos legais e administrativos –, com mais razão ainda está autorizada a perda da propriedade do desertor em favor do seu consorte que permaneceu habitando e dando destinação social ao bem.

Não é demais pontuar, outrossim, que desde a promulgação da Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio) – e a teor da norma inscrita no art. 1.572, § 1º, do CC/2002, tacitamente revogada pela EC n. 66/2009 –, a sepa-

ração de fato por 1 (um) ano servia de causa suficiente para a decretação da separação judicial, e, logo, à extinção da sociedade conjugal, de modo que, então, a separação de fato prolongada adquire, mesmo dentro da sistemática do próprio Diploma, contornos relevantes para a mitigação da regra prevista no art. 197, inc. I, do CC, que obsta a fluência da prescrição entre cônjuges.

Neste sentido, aliás, é a lição de Cezar Peluso e Nestor Duarte:

“Razões de ordem moral impedem que o prazo prescricional corra entre cônjuges na constância da sociedade conjugal (...), porquanto, no dizer de Clóvis Beviláqua, a afeição e confiança, que devem existir entre as pessoas a que o Código se refere, não permitiriam que se criasse a situação jurídica da prescrição.

A dissolução da sociedade conjugal se dá nas hipóteses do art. 1.571, em que não se encontra o caso da separação de fato, contudo, sendo esta separação voluntária, não se deve dar por suspenso ou impedido o curso do prazo prescricional depois de um ano do rompimento da convivência sem ânimo de reconciliação, pois já seria causa de separação judicial (art. 1.573, IV, CC), além do que se presume o desaparecimento da afeição que era o fundamento da regra legal (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil)” (In: Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência. 3ª Edição. Barueri/SP: Editora Manole, 2009, p. 149/150, grifei).

Apenas para reforçar essa linha de raciocínio, aponto que a separação de fato, conforme atualizado entendimento jurisprudencial, acarreta, como bem salientou a sentença, importantes e inegáveis efeitos patrimoniais, tais como da cessação do regime de bens. Por exemplo, os bens e dívidas adquiridos e contraídos por um dos cônjuges após a separação fática não se comunicam com o outro, assim como um pode pleitear em face do outro o ressarcimento pelo uso exclusivo do bem comum após a segregação.

Deste modo, a argumentação ora empreendida, caracterizando-se como simples consequência dessa premissa, não destoia da orientação dominante sobre o tema.

2.2 – Aplicação da norma e da interpretação no caso concreto

Feitas as devidas considerações teóricas e discursivas a respeito da disciplina jurídica da matéria subjacente, passo, pois, a subsumi-las à hipótese fática sob exame neste recurso.

Compulsando detidamente a prova coligida de lado a lado, bem como as versões encartadas nas postulações e nos depoimentos pessoais contrapostos, tomados em audiência (fls. 202/208), observo claramente ser incontroversa a circunstância de que o apelante abandonou o lar familiar logo no início da vida em comum – afirma a apelada categoricamente que tal fato deu-se em 1967, enquanto que o recorrente, não se recordando com clareza a data, aduz haver ocorrido há uns 30 (trinta) anos –, deixando a esposa e os 7 (sete) filhos à própria sorte no imóvel onde ela, inclusive, reside até hoje.

Importante pontuar, neste contexto, que os elementos de prova, sobretudo os testemunhos colhidos em audiência, são inequivocamente direcionados a demonstrar que, ao desertar do lar, o varão deixou de prover o sustento da esposa e dos filhos – tendo com eles se encontrado raríssimas vezes, a exemplo da audiência ocorrida 08.10.1974 (fl. 74) no curso da ação de alimentos aforada pela esposa abandonada (fls. 74/73) –, assim como não mais participou das despesas de conservação imóvel e do recolhimento dos respectivos impostos, tal como reconhece em seu depoimento pessoal (fl. 208).

Não fosse isto o bastante, constato da prova documental (fls. 113/117 e 196/199) e testemunhal (fls. 202/208) – e não poderia deixar de ser diferente –, que o imóvel abandonado pelo apelante na década de 1960 não mais possui as feições de outrora, na medida em que a residência

de madeira então construída deu lugar a uma totalmente nova construção, parte em madeira, parte em alvenaria, por intermédio de reforma completa levada a cabo por força e às custas das economias da apelada e de seus filhos, em nada contribuindo, para isso, o pretenso meeiro.

Assim, não tenho dúvidas de que o divórcio conjugal, ocorrido formalmente apenas em 01.09.2000 (fl. 15), somente veio a formalizar a situação fática de total dissolução do vínculo afetivo e patrimonial entre os litigantes, sucedida, no plano da realidade, desde o momento em que houve o abandono familiar por parte do varão, no ano de 1967, sendo esse e não aquele, o evento que deve surtir efeitos para fim de fazer cessar o regime de bens e viabilizar pretensões jurídico-patrimoniais que coloquem em polos antagônicos os ex-consortes.

Oportunizar, portanto, a partilha do imóvel, metade por metade, pretendida pelo varão depois de 46 (quarenta e seis) anos de posse exclusiva exercida sobre o bem pela esposa abandonada – tão-só a partir do simples fato de que a titularidade do terreno ainda se encontra registrada em nome de ambos –, afora o sentimento de imoralidade e injustiça que a pretensão exordial encerra em si própria, seria negar por completo os fundamentos sobre os quais se construíram e evoluíram as instituições do Direito de Família e do Direito das Coisas enquanto ciências jurídicas.

Destarte, penso ser inaplicável a causa de impedimento da prescrição aquisitiva contida no art. 197, inc. I, do CC (art. 168, inc. I, do CC/1916), de forma que é de se reconhecer a ocorrência, para fins exclusivamente defensivos e com eficácia relativa – ou seja, interpartes –, a usucapião da apelada sobre o imóvel descrito na exordial (fl. 17), e, de conseguinte, manter-se a sentença que julgou improcedente o pedido de se o sobrepartilhar.

Sobre o tema em debate, já decidi esta Corte pela possibilidade da contagem do prazo de usucapião entre cônjuges desde a ocorrência da separação de fato, nos casos de abandono do lar familiar por parte de um deles.

Cito, por oportuno, a ementa deste julgado, com a ressalva de que não há, a meu ver, qualquer impossibilidade de se manusear, na usucapião, as causas impeditivas da prescrição (art. 197), como decidiu o acórdão transcrito, pois, como visto, embora diversos os institutos, a opção do Código Civil se deu por aplicá-la a ambas as matérias (art. 1.244). Segue:

“APELAÇÃO CÍVEL. REAIS E FAMÍLIA. USUCAPIÃO ENTRE CÔNJUGES. SEPARAÇÃO DE FATO. SENTENÇA EXTINTIVA, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. - RECURSO DA AUTORA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL CARACTERIZADA. ALEGADO ABANDONO DA FAMÍLIA E PATRIMÔNIO PELO MARIDO HÁ MAIS DE 20 ANOS. PRESCRIÇÃO E PRAZO PARA O USUCAPIÃO. NATUREZAS JURÍDICAS DISTINTAS. INAPLICABILIDADE LITERAL DO ART. 168, I, DO CC/16 OU ART. 197, I, DO CC/02. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DOS DISPOSITIVOS INVIÁVEL. FIM DA NORMA DE SUSPENSÃO NÃO ATENDIDO. POSSE APARENTEMENTE EXERCIDA EXCLUSIVAMENTE E NÃO EM RAZÃO DA MANCOMUNHÃO. CARÊNCIA DE AÇÃO AFASTADA. - SENTENÇA CASSADA. RECURSO PROVIDO.

- A considerar a natureza jurídica distinta da prescrição e do prazo para aquisição propriedade por usucapião, sendo equívoca a utilização da expressão “prescrição aquisitiva” como ensinam Clóvis Beviláqua, Caio Mário da Silva Pereira e Orlando Gomes, não há aplicar, em razão da interpretação literal, as causas de suspensão da prescrição previstas no art. 168, I, do CC/16 ou no art. 197, I, do CC/02.

- Não obstante se reconheça a possibilidade de aplicação extensiva dos dispositivos citados, por meio de interpretação teleológica, ao prazo da usucapião, inviável utilizar desse expediente quando, em tese, não há relação afetiva familiar ou harmonia entre as partes a serem preservadas - fim precípua da causa de suspensão da prescrição entre os consortes.

- Nessas hipóteses excepcionais, se a posse exercida por um dos cônjuges sobre o bem não decorre da mancomunhão (como acontece, e.g., na mera

tolerância do outro enquanto não realizada a partilha ou somente em razão da medida de separação de corpos), mas sim de forma exclusiva em virtude do abandono pelo esposo da família e bens há mais de 20 anos, não se vê impossibilidade jurídica do pleito de usucapião entre cônjuges” (AC n. 2008.023470-8, de São João Batista, Terceira Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Henry Petry Júnior, j. em 26.10.2010).

3 – Dispositivo

Isto posto, pelo meu voto eu nego provimento ao recurso e, de conseguinte, mantenho a sentença que reconheceu a usucapião como matéria de defesa e julgou improcedente a pretensão de partilha do imóvel de fl. 17.

Apelação Cível n. 2011.072532-6, de Guaramirim

Relator: Des. Victor Ferreira

APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA DE SEGURO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EXCLUSÃO DA COBERTURA. INSURGÊNCIA.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

PRESCRIÇÃO ANUA. EXEGESE DO ART. 206, § 1º, INCISO II, ALÍNEA B, DO CÓDIGO CIVIL. PRAZO A CONTAR DA CIÊNCIA DA NEGATIVA DA SEGURADORA EM COBRIR O SINISTRO.

ALIENAÇÃO DO VEÍCULO A PESSOA JURÍDICA DA QUAL O ANTERIOR PROPRIETÁRIO É SÓCIO. ESPOSA DESTA QUE O CONDUZIA NO MOMENTO DO SINISTRO. TEORIA DA APARÊNCIA. APLICAÇÃO. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE AGRAVAMENTO DO RISCO. SÚMULA N. 465 DO STJ.

Não há incidência da cláusula de exclusão da cobertura, se o segurado, alienou veículo à sua própria empresa, mantendo a posse sobre o bem.

SENTENÇA REFORMADA. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM CONFORMIDADE AO ART. 20, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.072532-6, da comarca de Guaramirim (1ª Vara), em que é apelante Construtora Comercial Exportadora Ltda., e apelada Bradesco Auto/Re Companhia de Seguros S/A:

A Quarta Câmara de Direito Civil, por unanimidade, decidiu conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 26 de junho de 2014, foi presidido

pelo Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Joel Figueira Júnior.

Florianópolis, 16 de julho de 2014.

Victor Ferreira

RELATOR

RELATÓRIO

Construtora Comercial Exportadora Ltda. ajuizou ação contra Bradesco Seguros e Previdência S/A.

Informou que, em 10 de maio de 2008, a esposa do sócio administrador da empresa Autora envolveu-se em sinistro e, ao entrar em contato com a Seguradora para cobrir as avarias de acordo com a apólice contratada, teve o pedido negado. Arcou com as despesas decorrentes do sinistro, que atingiu o montante de R\$ 7.060,00. Assim, pretende ser ressarcida dos prejuízos materiais.

Citada, a Seguradora contestou. Preliminarmente, arguiu prescrição, pois passado mais de ano entre a data da negativa do pagamento e a propositura da ação. Também afirmou que a cobertura não é devida, porque o contrato foi firmado em nome de Guido Luiz Gaboardi, quando o veículo segurado era, na verdade, da empresa Autora, da qual ele é sócio (fls. 40 a 56).

Impugnação à contestação às fls. 208 a 210.

O pedido foi julgado improcedente, condenada a Autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa (fls. 217 a 218).

Irresignada, apelou. Pleiteia a reforma da decisão para que seja reconhecido seu direito de obter a cobertura pelos danos causados, inter-

pretando-se o contrato à luz do Código de Defesa do Consumidor (fls. 222 a 232).

Contrarrazões oferecidas (fls. 239 a 250).

VOTO

1 A sentença deve ser reformada.

2 É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável na relação entre seguradoras e seus clientes, os quais notoriamente se enquadram na situação de destinatário final do seguro, expressamente incluído no rol de serviços do art. 3º, § 2º, do CDC, invertendo-se o ônus da prova.

3 Não houve prescrição.

No caso, o prazo para contagem tem novo marco a partir da data do recebimento da negativa da cobertura pela Seguradora, pois fez nascer para o segurado um direito, conforme o Código Civil:

Art. 206. Prescreve:

§ 1.º Em um ano:

[...]

II – a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

[...]

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão.

Observando-se a fl. 27, a pretensão estaria prescrita, pois a comunicação é datada de 11 de junho de 2008, e a ação foi proposta em 15 de

junho de 2009; mas não seria razoável afirmar que a data do recebimento foi a mesma da emissão, cabendo à Seguradora demonstrar o dia da ciência inequívoca, ônus do qual não se desincumbiu.

Além disso, aplica-se, na espécie, a distribuição dinâmica do ônus da prova, em que, segundo Hélio do Valle Pereira:

Construção mais recente sustenta a necessidade de amparar um ônus dinâmico da prova, segundo o qual “a carga da prova deve ser imposta, em cada caso concreto, àquela das partes que a possa produzir com menos inconvenientes, isto é, com menos delongas, vexames e despesas” (Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, Distribuição dinâmica dos ônus probatórios, p. 99). (Manual de Direito Processual Civil. Roteiros de Aula – Processo de conhecimento. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 604)

Portanto, afasta-se a prescrição.

4 A negativa da Seguradora teve por fundamento o fato de que a contratação do seguro foi feita por Guido Luiz Gaboardi, e, por ter sido ele omissivo ao não informar que alienou o veículo à pessoa jurídica da qual é sócio, alterando a natureza do contrato e a destinação do bem, houve a exclusão da cobertura.

Nota-se, todavia, que o veículo foi alienado à pessoa jurídica da qual o contratante do seguro é sócio administrador, o que não gerou nenhuma modificação de quem detinha a posse do bem; inclusive, quem o conduzia quando do acidente era sua esposa, segundo o Boletim de Ocorrência (fls. 19 a 24).

Isso, por si só, não é motivo suficiente para elidir a responsabilidade da Seguradora, pois não houve mudança na situação de fato; no BO (fl. 22) também foi informado que o proprietário é Guido Luiz Gaboardi, devendo prevalecer a teoria da aparência, princípio geral no direito brasileiro.

Ademais, a propriedade de coisas móveis rege-se pela tradição, conforme regra do art. 1.267 do Código Civil, o que não ocorreu, pois a posse permaneceu com o antigo proprietário, devendo prevalecer, no caso em tela, a primazia da aparência sobre a forma.

E, para finalizar, esclarece a Súmula n. 465 do STJ: “Ressalvada a hipótese de efetivo agravamento do risco, a seguradora não se exime do dever de indenizar em razão da transferência do veículo sem a sua prévia comunicação.”

Desse modo, deverá a Autora ser ressarcida pelos gastos comprovadamente realizados com o conserto do veículo (fls. 28 a 32), valores que deverão ser corrigidos monetariamente desde a data de cada desembolso, até o limite da cobertura contratada, e com juros a contar da citação.

5 Tendo em conta a reforma integral da sentença que julgou o pedido da Autora improcedente, os ônus sucumbenciais devem ser invertidos e a Ré, por conseguinte, condenada ao pagamento da totalidade das custas processuais e de honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% sobre o valor atualizado da condenação, patamar que atende aos parâmetros do art. 20, § 3º, alíneas a, b e c do Código de Processo Civil.

6 Nesses termos, voto pelo conhecimento e provimento do recurso.

Apelação Cível n. 2013.019479-2, de Tangará

Relator: Des. Luiz Fernando Boller

AGRAVO RETIDO.

IRRESIGNAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DE CONTRARRAZÕES, E CONSEQUENTE REITERAÇÃO DO PLEITO DE APRECIÇÃO DO RECURSO. ART. 523, § 1º, DO CPC. INSURGÊNCIA NÃO CONHECIDA

APELAÇÃO CÍVEL.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C. INDENIZAÇÃO POR DANO DE CUNHO MORAL. INSCRIÇÃO DO NOME DA APELANTE NO CADASTRO RESTRITIVO DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DÍVIDA CONTRAÍDA PELO EX-CÔNJUGE. IRREGULARIDADE DO MALFADADO APONTAMENTO RECONHECIDA NA ORIGEM.

PRETENDIDA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL À APELADA. ALEGAÇÃO DE QUE A CREDORA TERIA SIDO PREVIAMENTE COMUNICADA ACERCA DO TÉRMINO DO RELACIONAMENTO CONJUGAL. TESE QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO NOS AUTOS.

DEMONSTRAÇÃO, AO CONTRÁRIO, DE QUE A INSURGENTE HAVIA AUTORIZADO A UTILIZAÇÃO DE SUA FICHA CADASTRAL PELO EX-CONSORTE. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER INDÍCIO DE QUE A COOPERATIVA RECORRIDA TENHA AGIDO DE MÁ-FÉ AO COMANDAR A FORMALIZAÇÃO DA MALSINADA ANOTAÇÃO.

APELADA QUE, ADEMAIS, PROCEDEU A BAIXA DA RESTRIÇÃO TÃO LOGO CIENTIFICADA DO DIVÓRCIO. CONDUTA ENCE-TADA, INCLUSIVE, ANTES MESMO DA SUA CITAÇÃO. BOA-FÉ EVIDENCIADA.

NEGATIVAÇÃO QUE, AO QUE TUDO INDICA, DECORREU DA

DESÍDIA DA PRÓPRIA VÍTIMA. CARÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A PRETENDIDA ATRIBUIÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. RECLAMO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.019479-2, da comarca de Tangará (Vara Única), em que é apelante Cenira do Amaral, e apelado Cooperativa Agropecuária do Planalto Sul Catarinense - LACTOCAMPOS:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, não conhecer do agravo retido interposto por Lactocampos-Cooperativa Agropecuária do Planalto Sul Catarinense, e, de outra banda, conhecer e negar provimento ao recurso de apelação. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 27 de março de 2014, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Victor Ferreira, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Substituto Jorge Luis Costa Beber.

Florianópolis, 31 de março de 2014.

Luiz Fernando Boller

RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Cenira do Amaral, contra sentença prolatada pelo juízo da Vara Única da comarca de Tangará, que nos autos da ação Declaratória de Inexistência de Débito c/c. Indenização por Danos Morais nº 071.11.001512-7 (disponível em <http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo_codigo=1Z0000IG20000&processo_foro=71> acesso nesta data), ajuizada contra LACTOCAMPOS-Cooperativa Agropecuária do Planalto Sul Catarinense, julgou parcialmente procedentes os pedidos, nos seguintes termos:

[...] Compulsando-se as provas dos autos, percebe-se que, em parte, assiste razão à autora, eis que a inscrição de seu nome no Serviço de Proteção ao Crédito foi efetuada em razão de uma dívida contraída pelo seu ex-cônjuge - Dejalme Correia -, a teor dos documentos de fls. 21 e 23/25.

Veja-se que a própria ré admite os fatos acima consignados. Contudo, argumenta que as compras foram contraídas na constância da união, bem como a autora não comunicou a separação de fato, o que não a isenta de responsabilidade.

Verifico, pelos depoimentos produzidos em juízo (fls. 87 e 100), que, realmente, a autora separou-se de fato de Dejalme Correia, ainda no ano de 2010, e, ao que tudo indica, no mês de setembro.

[...] Desta forma, referindo a nota fiscal que a compra foi realizada em 5 de novembro de 2010 pelo ex-cônjuge da autora, a dívida somente lhe pertence, eis que já encontravam-se separados, à época.

Em relação à retificação do cadastro na loja, anteriormente mencionada, a testemunha Ana Lúcia Padilha assevera que chegou a levar a autora diretamente no estabelecimento da ré, a fim de que ela procedesse a alteração, em razão da modificação do estado civil. Relata que isso aconteceu em meados de 2011.

Tanto isso é verdade, que a exclusão do nome da autora do órgão do SPC ocorreu antes mesmo da citação da ré e da ordem para exclusão.

Todavia, conforme muito bem asseverado pela ré em sua peça contestatória, a autora ficou casada apenas um mês com Dejalme Correia. Casaram-se em julho e separaram-se de fato em agosto, segundo a autora.

Realmente, ainda que a requerida tenha inserido o nome da autora no cadastro do SPC, não creio tenha sido uma atitude de má-fé, ou em razão de sua desorganização.

A separação de fato e, nem mesmo a civil, é de notória publicidade, ainda que numa cidade de pequeno porte como Campos Novos, local onde os fatos se deram.

Realmente, a não ser que a autora fosse comunicar a separação de fato, tão logo isto fosse um fato consumado, no setor específico da requerida, não

era possível que ela soubesse disso. E, conforme visto, a informação de que houve a modificação do estado civil somente ocorreu em meados de 2011, conforme comprovado nos autos.

Ademais, a autorização inicial, a fim de que as compras efetuadas por Dejalme fossem cobradas no nome da autora, não foi contestada por esta.

Portanto, tenho por verdadeiro o fato de que a autora teve seu nome incluso no SPC de forma indevida pela requerida, pois não era ela a responsável pela compra mencionada à fl. 25.

Contudo, relativamente à pretensão de indenização por danos morais, o pedido deve ser julgado improcedente pelos motivos supra consignados, e também pelos motivos descritos na sequência.

Não se olvida que o direito à indenização por abalo moral encontra respaldo no ordenamento brasileiro. Essa reparação, consabido, como confortadora ao sofrimento e compensação pela dor, supõe a existência de lesão significativa ao direito de personalidade.

Todavia, se o abalo não causar grandes transtornos, tratando-se apenas de aborrecimento ou dissabores do cotidiano da vida, não se verifica o direito à indenização.

[...] Por certo que a inscrição de seu nome, pela dívida contraída pelo seu ex-cônjuge, trouxe algum problema, que resultou na impossibilidade momentânea da autora usar a compra a crédito.

Porém, não houve nenhum sofrimento insuportável que ensejasse a devida reparação por abalo moral.

Ademais, a requerida, logo após comprovado pedido de alteração do cadastro, efetuou a exclusão do nome da autora no SPC, antes mesmo da citação (fl. 60) [...].

Ante o exposto, com fulcro nos artigos 4º, I, 269, I, e 333, II, do CPC, e art. 6º, VI, do CDC, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados nesta ação, para DECLARAR A INEXISTÊNCIA do débito que serviu de parâmetro para a inclusão do nome da autora CENIRA DO AMARAL nos órgãos de proteção ao crédito, devidamente especificado à fl. 25, de forma que torno definitiva a antecipação de tutela deferida às fls. 28/32.

Tendo em vista que cada parte foi vencida e vencedora, condeno os litigantes reciprocamente nas despesas processuais, na proporção de 50% a cargo da autora e 50% a cargo da requerida.

Com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC, fixo os honorários advocatícios em favor dos procuradores das partes em R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), os quais deverão ser distribuídos e compensados entre os litigantes, na mesma proporção supra fixada, nos termos do art. 21 do CPC e Súmula 306 do STJ (fls. 105/111).

Malcontente, a apelante sustentou que está satisfatoriamente demonstrado o término do matrimônio havido com Dejalme Correia, tendo sido tal fato comunicado à cooperativa requerida cerca de 1 (hum) mês após a sua ocorrência - mais especificamente em setembro de 2010 -, mostrando-se indevida a cobrança de dívida contraída, pelo ex-consorte, em novembro e dezembro daquele ano, já que solicitada a exclusão do nome do varão de seu respectivo cadastro.

Não bastasse isso, ressaltou que o dano moral decorrente da indevida obstrução de crédito é presumido, inexistindo justificativa para que à cooperativa apelada não seja atribuído o dever de indenizar, razão pela qual - destacando que a requerida reconheceu o ato ilícito ao voluntariamente comandar a exclusão da malsinada anotação -, bradou pelo conhecimento e provimento do reclamo, conseqüentemente atribuindo-se à recorrida a integral satisfação dos ônus sucumbenciais, redefinindo-se a remuneração dos serviços prestados pelo seu causídico, em não menos do que o equivalente a 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação (fls. 116/125).

Recebido o apelo apenas no efeito devolutivo no que toca à antecipação de tutela, e no duplo efeito quanto aos demais tópicos (fl. 126), foi certificado o transcurso do prazo, *in albis* sem o oferecimento de contrarrazões por parte de LACTOCAMPOS-Cooperativa Agropecuária do Planalto Sul Catarinense (fl. 129).

Ascendendo a esta Corte, vieram-me os autos conclusos (fl. 131).
É, no essencial, o relatório.

VOTO

Conheço do recurso porque, além de tempestivo, atende aos demais pressupostos de admissibilidade. Ademais, a insurgente, na condição de beneficiária da justiça gratuita, está dispensada do recolhimento do preparo (fl. 28).

Conquanto a LACTOCAMPOS-Cooperativa Agropecuária do Planalto Sul Catarinense tenha interposto agravo retido contra a decisão que indeferiu o pedido de substituição de testemunha (fl. 84), aludida insurgência não merece ser conhecida, visto que a requerida deixou de apresentar contrarrazões ao apelo da oponente, conseqüentemente deixando de expressamente requerer a apreciação do seu recurso, consubstanciando a desídia, inuidosa inobservância ao disposto no art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil, segundo o qual,

Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

§ 1º Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.

Lecionando sobre o tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery exaltam que:

[...] O agravo retido é matéria preliminar da apelação. Para que o agravo retido possa ser conhecido e julgado pelo seu mérito, devem estar presentes dois requisitos: a) a apelação deve ser conhecida; b) o agravante deve ter reiterado

sua vontade de ver o agravo conhecido nas razões ou contrarrazões de apelação (Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10ª ed. rev., ampl. e atual. até 1º de outubro de 2007. 1ª reimpr. - São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008. p. 881).

Corroborando tal entendimento, do acervo jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça destaco que:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO INTERPOSTO PELO APELADO. ART. 523, *CAPUT*, § 1º, DO CPC. JULGAMENTO. NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO NAS CONTRA-RAZÕES DA APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

O julgamento do agravo retido interposto pelo apelado está condicionado à existência de pedido expresso veiculado nas contrarrazões da apelação. Recurso especial improvido (Resp 636310/SC. Rel. Min. João Otávio de Noronha. J. em 19/06/2007).

No mesmo rumo, dos julgados de nossa Corte sobressai que:

AGRAVOS RETIDOS. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DE ANÁLISE EM RAZÕES E CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO. RECURSOS NÃO CONHECIDOS.

“Para o conhecimento do agravo retido necessário requerimento expresso na apelação, ou, não tendo sido interposta pelo recorrente, na oportunidade das contrarrazões recursais, por se tratar de requisito de admissibilidade previsto no art. 523, § 1.º do Código de Processo Civil - CPC. Ausentes esse requerimento, não é possível conhecer da irrisignação” (Apelação Cível n. 2010.026498-0, rel. Des. Henry Petry Junior, julgada em 23-1-2012) [...] (Apelações Cíveis nºs 2013.004554-7, 2013.004555-4 e 2013.004552-3, de Garuva. Rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves. J. em 31/10/2013).

Bem como,

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA.[...] AGRAVO RETIDO NÃO EXPRESSAMENTE REITERADO EM SEDE DE CONTRARRAZÕES. INOBSERVÂNCIA DO REQUISITO CONTIDO NO ART. 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Omitindo-se o recorrido em ratificar expressamente o agravo retido em suas contrarrazões de apelação, em observância ao art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil, opera-se a desistência tácita do recurso, impedindo que o reclamo venha a ser conhecido pelo Tribunal *ad quem* [...] (Apelação Cível nº 2012.065450-1, de São Carlos. Rel. Des. Carlos Adilson Silva. J. em 05/11/2013).

E, mais:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA AUTORA. AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE REEDIÇÃO NAS CONTRARRAZÕES. NÃO CONHECIMENTO.

O não atendimento do § 1º, do art. 523 do CPC, pedido nas razões ou contrarrazões recursais para que o Tribunal aprecie o agravo retido, constitui óbice para a admissibilidade do mesmo [...] (Apelação Cível nº 2013.027929-6, de São Bento do Sul. Rel. Des. Guilherme Nunes Born. J. em 12/12/2013).

Em sendo assim, deixando a LACTOCAMPOS-Cooperativa Agropecuária do Planalto Sul Catarinense de apresentar contrarrazões - e, conseqüentemente, manifestar-se expressamente acerca da interposição do agravo retido -, imperativo é o não conhecimento da insurgência.

Feita tal consideração, passo à análise do apelo, avultando que, no caso em prélio, restou reconhecida a ilegalidade da inscrição do nome de Cenira do Amaral no cadastro restritivo dos órgãos de proteção ao crédito, já que o aponte negativo comandado pela LACTOCAMPOS-Cooperativa Agropecuária do Planalto Sul Catarinense teve por motivação o inadimplemento de dívida contraída por Dejalme Correia, seu ex-consorte (fls. 23/25).

Muito embora a consumidora tenha se mostrado ofendida com tal situação, reiterando, nesta fase recursal, o alegado abalo anímico infligido pela cooperativa credora, tenho para mim que a pretensão não merece acolhida, sobretudo porque indemonstrada está a má-fé da apelada, ao proceder a referida obstrução de crédito.

Ainda que a LACTOCAMPOS-Cooperativa Agropecuária do Planalto Sul Catarinense tenha, de fato, se equivocado na identificação do descumpridor da obrigação - circunstância que, a propósito, motivou a declaração da inexistência do débito, bem como a determinação para baixa do malfadado aponte (fl. 105/111) -, constato que o desacerto ocorreu porque constava no cadastro de Cenira do Amaral, autorização expressa para que o varão adquirisse mercadorias em o seu nome, constando a identificação de ambos, inclusive, no campo denominado “*destinatário/remetente*” (fls. 23/24).

Mesmo que a vítima tenha alegado que logo após o término do seu matrimônio - mais especificamente em setembro de 2010 -, teria comunicado a cooperativa acerca da necessidade de desvinculação do nome de Dejalme Correia de sua ficha comercial, utilizando-se de tal circunstância como justificadora da pretendida atribuição do dever de indenizar, a assertiva não encontra sustentação nos autos, visto que a testemunha Ana Lúcia Padilha, arrolada para corroborar tal argumento (mídia de fl. 87), não soube precisar o mês em que levou a autora até “*as proximidades da empresa*”, consequentemente inviabilizando o acolhimento da pretensão recursal.

Some-se à isto, o fato de a apelada ter alegado que apenas em 06/10/2011, é que tomou conhecimento da situação, merecendo destaque que não mais do que 4 (quatro) dias após, já havia providenciado a exclusão do nome de Cenira do Amaral do rol de maus pagadores (fl. 60), o que, ao meu sentir, descortina que a LACTOCAMPOS-Cooperativa Agropecuária do Planalto Sul Catarinense agiu, sim, de boa-fé, ao proceder a formalização da malsinada restrição, desconhecendo, até então, o fim do relacionamento conjugal que permitiu a compra através do cadastro conjunto.

Aliás, como bem frisou o julgador de 1º Grau,

[...] A separação de fato, e nem mesmo a civil, é de notória publicidade, ainda que numa cidade de pequeno porte como Campos Novos, local onde os fatos se deram.

[...] A não ser que a autora fosse comunicar a separação de fato, tão logo isto fosse um fato consumado, no setor específico da requerida, não era possível que ela soubesse disso. E, conforme visto, a informação de que houve a modificação do estado civil somente ocorreu em meados de 2011, conforme foi comprovado nos autos (fl. 108).

Não há que se olvidar que à demandante incumbia a prova da existência do direito por si invocado, de maneira a permitir a formação de um juízo favorável à pretensão deduzida - a teor do preconizado no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil -, ônus do qual não se desincumbiu.

Exaltam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que:

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.

[...] o ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza (Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante, 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 608).

Por sua vez, Moacyr Amaral dos Santos ministra o ensinamento de que:

Como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato. E dada a controvérsia entre autor e réu com referência ao fato e às suas circunstâncias, impondo-se, pois, prová-lo e prová-las, decorre o problema de saber a quem incumbe dar a sua prova. A quem incumbe o ônus da prova? Esse é o tema que se resume na expressão ônus da prova (Primeiras Linhas do Direito Processual Civil, Editora: Saraiva, 17ª ed., 1995, v. 2, p. 343/344).

Não diverge Ernane Fidélis dos Santos, para quem:

O princípio que deve orientar o julgamento é o da verdade real dos fatos. [...] Um dos mais relevantes princípios subsidiários da verdade real é o da distribuição do ônus da prova. [...] A regra que impera mesmo em processo é a de que “*quem alega o fato deve prová-lo*”. O fato será constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, não importando a posição das partes no processo. Desde que haja a afirmação da existência ou inexistência de fato, de onde se extrai situação, circunstância ou direito a favorecer a quem alega, dele é o ônus da prova. [...] Em determinadas situações, o juiz lança mão de critério subsidiário da verdade real, usando-se do ônus da prova, mas para atribuí-lo à parte a quem desfavorece juízo de maior probabilidade. Quer-se provar que o cidadão não foi ao serviço em determinado dia, mas há dúvida

sobre o fato. Sabe-se, contudo, que dos trinta dias do mês faltou ele vinte e cinco. Mesmo que a prova da falta pertença a outra parte, já há probabilidade maior a lhe favorecer, de forma tal que o empregado não pode ser desincumbido de provar o comparecimento. O juízo de maior probabilidade se mantém em estrita ligação com as regras de experiência (art. 335), aplicáveis de acordo com o *quod plerumque fit*. (Manual de Direito Processual Civil, volume 1: processo de conhecimento. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 509/511).

Ainda sobre o assunto, valioso é o ensinamento de Darci Guimarães Ribeiro, no sentido de que:

É natural, provável, que um homem não julgue sem constatar o juízo com as provas que lhe são demonstradas. Quando o autor traz um fato e dele quer extrair consequências jurídicas, é que, via de regra, o réu nega em sentido geral as afirmações do autor; isto gera uma litigiosidade, que, por conseqüência lógica, faz nascer a dúvida, a incerteza no espírito de quem é chamado a julgar. Neste afã de julgar, o juiz se assemelha a um historiador, na medida em que procura reconstituir e avaliar os fatos passados com a finalidade de obter o máximo possível de certeza, pois o destinatário direto e principal da prova é o juiz. Salienta Moacyr A. Santos que também as partes, indiretamente, o são, pois igualmente precisam ficar convencidas, a fim de acolherem como justa a decisão. Para o juiz sentenciar é indispensável o sentimento de verdade, de certeza, pois sua decisão necessariamente deve corresponder à verdade, ou, no mínimo, aproximar-se dela. Ocorre recordar que a prova em juízo tem por objetivo reconstruir historicamente os fatos que interessam à causa, porém há sempre uma diferença possível entre os fatos, que ocorreram efetivamente fora do processo e a reconstrução destes fatos dentro do processo. Para o juiz não bastam as afirmações dos fatos, mas impõem-se a demonstração da sua existência ou inexistência, na medida em que um afirma e outro nega, um necessariamente deve ter existido num tempo e num lugar, i.e., uma de ambas as afirmações é verdadeira. Daí dizer com toda a autoridade J. Bentham que “*el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas*”.

Adiante, segue o mestre referindo que:

O problema da verdade, da certeza absoluta, repercute em todas as searas do direito. A prova judiciária não haveria de escapar desses malefícios oriundos dessa concepção, tanto isto é certo que para o juiz sentenciar é necessário que as partes provem a verdade dos fatos alegados, segundo se depreende do art. 332 do Código de Processo Civil [...].

Mais depois, sintetiza realçando que:

Por objeto da prova se entende, também, que é o de provocar no juiz o convencimento sobre a matéria que versa a lide, i.e., convencê-lo de que os fatos alegados são verdadeiros, não importando a controvérsia sobre o fato, pois um fato, mesmo não controvertido, pode influenciar o juiz ao decidir, na medida que o elemento subjetivo do conceito de prova (convencer) pode ser obtido, e. g., mediante um fato notório, mediante um fato incontroverso.

O aludido doutrinador brada, mais, que a parte não está totalmente desincumbida “*do ônus da prova de uma questão de direito, na medida que cada qual quer ver a sua alegação vitoriosa devendo, por consequente, convencer o juiz da sua verdade*”, já que “*o juiz julga sobre questões de fato com base no que é aduzido pelas partes e produzido na prova*” (Ribeiro, Darci Guimarães. Tendências modernas da prova. RJ n. 218. dez-1995. p. 5).

De destacar, ainda, que o ordenamento jurídico pátrio exige, como requisitos da responsabilidade civil, o implemento da culpabilidade do agente - ilicitude da ação -, o dano decorrente do ato e o nexo de causalidade entre a atitude do causador e o prejuízo suportado pelo lesado, pressupostos que, como se viu, não restaram configurados no caso em concreto.

Sobre a matéria, o Rui Stoco preleciona que:

Entende-se, pois, que os atos ilícitos, ou seja, praticados com desvio de conduta - em que lesante à satisfação do dano causado a outrem. [...] Assim sendo, para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a pretensão na esfera de outrem. Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou culpa (negligência, imprudência, ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou do contrato). Prossegue o doutrinador referindo que “o elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior. Esse ilícito, como atentando a um bem juridicamente protegido, interessa à ordem normativa do Direito justamente porque produz um dano. Não há responsabilidade sem um resultado danoso. Mas a lesão a bem jurídico cuja existência se verificará no plano normativo da culpa, está condicionada à existência, no plano naturalístico da conduta, de uma ação ou omissão que constitui a base do resultado lesivo (Stoco, Rui. Tratado de responsabilidade civil. RT, 2001. p. 93-97).

Quanto à aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade civil, do ensinamento de Maria Helena Diniz, colhe-se que há necessidade de:

- a) Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco. A regra básica é a que a obrigação de indenizar, pela prática de atos ilícitos, advém da culpa [...]
- b) Ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por um, fato de animal ou coisa a ele vinculada. Não pode haver

responsabilidade civil sem dano [...] c) Nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano) (DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 7. p. 35-36).

Portanto, inexistindo qualquer elemento de prova capaz de evidenciar que Cenira do Amaral comunicou a apelada, a tempo e modo oportunos, acerca do término do seu relacionamento conjugal - restando incontroverso, aliás, que durante o matrimônio, consentia com a utilização do seu cadastro pelo cônjuge Dejalme Correia -, não constato justificativa para que à LACTOCAMPOS-Cooperativa Agropecuária do Planalto Sul Catarinense seja cominado o pretendido dever de indenizar, sobretudo porque indemonstrada qualquer má-fé de sua parte.

Como bem preleciona Sérgio Cavalieri Filho:

[...] A culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro [...] é, igualmente, causa de exclusão do nexos causal equiparável à força maior. Lamenta-se que o Código, que tão técnico foi ao falar em fato do produto e fato do serviço, tenha, aqui, falado em culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, em lugar de fato exclusivo dos mesmos. Em sede de responsabilidade objetiva, como a estabelecida no Código do Consumidor, tudo é resolvido no plano do nexos de causalidade, não se chegando a cuidar da culpa.

Fala-se em culpa exclusiva da vítima quando a sua conduta se erige em causa direta e determinante do evento, de modo a não ser possível apontar qualquer defeito no produto ou no serviço como fato ensejador da sua ocorrência. Se o comportamento do consumidor é a única causa do acidente de consumo, não há como responsabilizar o produtor ou fornecedor por ausência de nexos de causalidade entre a sua atividade e o dano [...] (Programa de Responsabilidade civil - 9ª ed. - São Paulo: Atlas, 2010. p. 497 e 499).

Inclusive, por ocasião do julgamento de caso análogo, nosso pretório já decidiu que:

RESPONSABILIDADE CIVIL. BRASIL TELECOM S.A. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS PELA EX-ESPOSA DO APELANTE. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO PROCEDENTE. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, TODAVIA, INSUBSISTENTE.

Se a contratação dos serviços de telefonia foi realizada pela ex-esposa do apelante e, àquele tempo, era inexigível conhecer a ocorrência da separação de fato do casal, a inscrição indevida em cadastros de proteção ao crédito não deve gerar à concessionária condenação de reparação por danos morais (Apelação Cível nº 2009.024895-1, de Curitiba. Rel.^a. Des^a. Sônia Maria Schmitz. J. em 17/05/2012).

Donde o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não destoa:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. INSCRIÇÃO EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. NEGATIVA DE RELAÇÃO NEGOCIAL. PROVA DOS AUTOS EM SENTIDO CONTRÁRIO. LICITUDE DA COBRANÇA E DA INSCRIÇÃO NEGATIVA. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ ALEGADA EM CONTRARRAZÕES QUE NÃO RESTOU CARACTERIZADA.

Afigura-se lícita a cobrança bem como a inscrição negativa levada a efeito pela ré, tendo em vista que a prova documental e testemunhal produzida nos autos evidencia que a autora e seu ex-companheiro compareceram à loja demandada e adquiriram produtos, com intuito de revendê-los. Ademais, a autora realizou cadastro na loja ré, autorizando assim a emissão de notas fiscais em seu nome, tendo as mercadorias sido entregues em sua residência. Em que pese a requerente sustente não ter participado da relação comercial, não tratou de produzir prova suficiente neste sentido, ônus que a ela incum-

bia, na forma do art. 333, inc. I, do CPC. [...] Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido (Recurso Cível nº 71004365151, de Tramandaí. Rel^a. Des^a. Marta Borges Ortiz. J. em 26/11/2013).

Dessarte, pronuncio-me pelo não conhecimento do agravo retido interposto por LACTOCAMPOS-Cooperativa Agropecuária do Planalto Sul Catarinense, e, de outra banda, pelo conhecimento e desprovimento do recurso de apelação, mantendo íntata a decisão combatida.

É como penso. É como voto.

Apelação Cível n. 2013.033389-9, de Blumenau

Relator: Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber

APELAÇÕES CÍVEIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA ESTÉTICA EMBELEZADORA. LIPOASPIRAÇÃO E MAMOPLASTIA DE AUMENTO. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO COM RELAÇÃO À CIRURGIA DE MAMAS. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO NA ORIGEM.

PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA *EXTRA PETITA*. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA SEM A EXISTÊNCIA DE PEDIDO PELA PARTE AUTORA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 460 DO CPC.

A despeito de ser plenamente possível o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela na sentença, é obrigatória a existência de pedido da parte nesse sentido, não sendo dado ao magistrado conceder o provimento de ofício.

MÉRITO. CONTRATAÇÃO DO MÉDICO COM EFEITO ESPERADO E PROMETIDO. CIRURGIA PLÁSTICA. PROVA DA FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS E DAS CONSEQUÊNCIAS DERIVADAS DO ATO CIRÚRGICO. RECONHECIMENTO DA CULPA DO ESCULÁPIO BEM ANALISADA NA SENTENÇA RECORRIDA.

Diferentemente dos demais ramos da medicina, a cirurgia estética gera obrigação de resultado. Nesses casos, compete à vítima demonstrar que o médico não alcançou o resultado prometido com o procedimento adotado para que a culpa resulte reconhecida, tocando ao facultativo, para eximir-se da responsabilidade, evidenciar a ocorrência de alguma causa excludente de culpabilidade.

Caso concreto em que a autora comprovou à saciedade o acentuado deslocamento lateral da mama esquerda que, além disso, apresentava maior volume e deformidade no sulco, causando impressão de achatamento, ao passo que os réus não demonstraram que as complicações que se sucederam decorreram de reações naturais do organismo ou de culpa exclusiva da requerente, tal como alegaram na peça de resistência.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CLINICA TAMBÉM ACIONADA. VIABILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO.

A clínica ré deve responder solidariamente pela reparação dos danos evidenciados, visto que embora não tenha abrigado o primeiro procedimento cirúrgico, foi o local de realização dos demais.

DANOS MORAIS. A ESTÉTICA ESTÁ UMBILICALMENTE ASSOCIADA ÀS SENSACIONES ÍNTIMAS DA VAIDADE PESSOAL. INSOFISMÁVEL, POIS, A FRUSTRAÇÃO, A ANGÚSTIA E O SOFRIMENTO DE QUEM, AO INVÉS DE CORRIGIR PROBLEMA NAS MAMAS, RESULTA, APÓS A INTERVENÇÃO CIRÚRGICA, COM OS SEIOS DISFORMES E COM APARÊNCIA INDESEJADA.

É pertinente a fixação de indenização por danos morais, pois são intuitivos o sofrimento e a frustração de quem se submete à procedimento cirúrgico para melhorar sua aparência e se depara com resultado diverso do prometido. O *quantum* indenizatório foi bem arbitrado na origem, justo que atenta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pelo que não comporta alteração.

O DANO ESTÉTICO É INEGÁVEL E A MEDIDA ADOTADA NA ORIGEM A FIM DE CORRIGI-LO, NO SENTIDO DE IMPOR AOS RÉUS O CUSTEIO DA CIRURGIA NECESSÁRIA AO AFASTAMENTO DA HIPERMIBILIDADE LATERAL, EXTRAPOLA DO PEDIDO INICIAL, CONCEDENDO OBJETO DIVERSO DO PLEITEADO E ENTREGANDO PROVIMENTO SEQUER DESEJADO PELA DEMANDANTE, QUE NÃO ALMEJA SUBMETER-SE A NOVO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO, DIREITO QUE LHE ASSISTE DE FORMA PLENA. FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA TAMBÉM PELAS SEQUELAS ESTÉTICAS SOFRIDAS.

ÔNUS SUCUMBENCIAIS MANTIDOS E COMPENSAÇÃO ENTRE AS VERBAS HONORÁRIAS PERMITIDA, INDEPENDENTEMENTE DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA CONCEDIDA À PARTE AUTORA.

APELOS DA DEMANDANTE E DO MÉDICO REQUERIDO PARCIALMENTE PROVIDO E INSURGÊNCIA DA CLÍNICA RÉ DESPROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.033389-9, da comarca de Blumenau (4ª Vara Cível), em que é apte/apdo Tania Mara Philipps, e são apdos/aptes Clínica de Cirurgia Plástica Dr. Egídio Martorano Filho e outro:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos, dar parcial provimento aos recursos da autora e do médico e negar provimento ao recurso da clínica. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Des. Eládio Torret Rocha, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Victor Ferreira.

Florianópolis, 26 de junho de 2014.

Jorge Luis Costa Beber

RELATOR

RELATÓRIO

Tânia Mara Philipps, Clínica de Cirurgia Plástica Dr. Egídio Martorano Filho e Egídio Martorano Filho interpuseram recursos de apelação cível em face da sentença que, nos autos da *ação de indenização por danos morais e estéticos* que move a primeira em desfavor dos dois últimos, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, nos seguintes termos:

“(…) Pelo exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na presente ação ajuizada por Tânia Maria Philipps em face de Clínica Dr. Egídio Martorano Filho S/S e Egídio Martorano Filho para:

a) condenar os réus ao pagamento solidário, a título de dano moral, do valor de R\$ 30.000,00, corrigido monetariamente pelo INPC-IBGE e acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a data desta sentença;

b) condenar os réus ao pagamento solidário, a título de dano estético, dos tratamentos médico e/ou cirúrgicos necessários e adequados para reparar o deslocamento lateral da prótese de silicone colocada no seio esquerdo da autora, a ser realizados por cirurgião a ser escolhido pela autora, cujos valores devem ser apurados em liquidação de sentença, por meio da apresentação dos competentes orçamentos e recibos.

Ante a sucumbência recíproca (art. 21, *caput*, do CPC), condeno as partes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes que fixo em 20% sobre o valor da condenação, arcando a autora com o pagamento de um terço desta verba e os réus com o pagamento dos dois terços restantes, permitida a compensação. Suspendo a exigibilidade dos ônus sucumbenciais com relação à autora em razão dos benefícios da gratuidade judiciária que lhe foram deferidos (fls. 54).

Por fim, defiro a tutela antecipada para cumprimento do item “b” forte nos argumentos desta sentença e no prejuízo evidente pela falta de correção da seqüela que pode se agravar com o tempo”. (sic)

Às razões, sustenta a autora, em síntese, a necessidade da majoração da verba indenizatória fixada a título de dano moral em razão da mamoplastia, tendo em vista que o *quantum* fixado é irrisório e traduz-se em nova ofensa frente ao sofrimento que vem suportando desde a realização do primeiro procedimento em agosto de 2005. Defende, ainda, a ampliação da condenação, com a fixação de verba indenizatória em razão dos danos estéticos acarretados pela cirurgia de lipoaspiração e, da mesma forma, pelos danos morais sofridos com o péssimo resultado do procedimento.

Aduziu que a condenação em obrigação de fazer, com relação aos danos estéticos, deve ser convertida em perdas e danos, tendo em vista que a medida levará à eternização do litígio, com inúmeros questionamentos suscitados pelos requeridos na fase de liquidação. Destacou, ainda, que teme sofrer retaliação por parte da classe médica se submeter-se a novo procedimento cirúrgico de correção.

Irresignou-se, por fim, contra a compensação das verbas honorárias, aduzindo ser beneficiária da gratuidade de justiça e, além disso, não ter sucumbido na ação. Pugnou, outrossim, pela fixação dos honorários no patamar de 20% sobre o valor da condenação e requereu o conhecimento e provimento do apelo.

A requerida Clínica Dr. Egídio Martorano Filho S/A salientou que a cirurgia estética em questão não foi realizado nas suas dependências, mas na Clínica Santa Helena, o que afasta eventual nexos de causalidade com os danos alegados pela autora. Aduziu que o procedimento cirúrgico realizado foi escorreito e que as reações apresentadas pela requerente são normais e estão relacionadas a fatores alheios ao controle médico, caracterizando caso fortuito.

Asseverou que o profissional médico responsável pela cirurgia agiu conforme a boa técnica e o deslocamento da prótese não foi causado por atitude imperita, negligente ou imprudente, o que leva à conclusão de que o problema ocorreu por culpa exclusiva da autora, que não retornou às consultas de rotina, ainda que instada a fazê-lo. À luz de tais considerações, pugnou pelo conhecimento e provimento do reclamo.

O corréu Egídio Martorano Filho, por sua vez, sustentou, preliminarmente, a nulidade da sentença, porque *extra petita*, na medida em que concedeu provimento antecipatório não requerido pela parte autora. No mérito, basicamente repisou os fundamentos já lançados pela clínica médica, no sentido de que sua atuação foi escorreita e os problemas apresentados decorreram da dinâmica do corpo humano e do comportamento da paciente, que não compareceu às consultas pós-operatórias.

Discorreu sobre a inexistência de dano moral na espécie e assinalou que o valor fixado na origem se mostra desproporcional e merece, acaso mantido o reconhecimento de abalo anímico, redução para patamar mais razoável. Afirmou que a condenação em danos estéticos não

pode subsistir, visto que se funda na mesma razão pela qual restou fixada indenização por danos morais (discreta mobilidade da prótese na mama esquerda), constituindo *bis in idem*. Destacou seu extenso currículo profissional e requereu, finalmente, o conhecimento e provimento do reclamo, com o acolhimento da preliminar de nulidade ou, sucessivamente, a reforma da sentença para que reste julgado improcedente o pleito inicial.

Com as contrarrazões, ascenderam os autos a esta Corte e vieram conclusos para julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos processuais, conheço dos reclamos interpostos.

De saída, enfrento a preliminar de nulidade da sentença, porque *extra petita*, adiantando que merece ela parcial acolhimento.

Isso porque a despeito de ser plenamente possível o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela na sentença, é obrigatória a existência de pedido da parte nesse sentido e, no caso dos autos, a autora requereu provimento liminar apenas com o fito de constituir capital para garantir a satisfação da condenação ou, sucessivamente, a decretação de indisponibilidade dos bens do requerido, consoante item “e” dos pedidos iniciais.

A análise apurada das demais peças processuais protocoladas pela autora também não revela a existência do pleito antecipatório tal como concedido na sentença, ou seja, a imediata cirurgia para reparação das mamas. Aliás, a autora jamais teve a intenção de submeter-se a nova cirurgia, tanto que apelou para mudar o julgamento singular nesse tocante.

Deste modo, consoante sustenta o réu Egídio Martorano Filho, o julgado extrapola os limites da lide ao conceder à autora mais do que ela própria requereu, o que, a meu sentir, não pode ser arredado em nome do princípio da instrumentalidade, tal como entendeu o digno magistrado *a quo*.

Nada obstante, a referida circunstância não enseja a nulidade do julgado, mas tão somente o decote do excesso constante do comando sentencial, extirpando-se, portanto, do édito singular o excerto relacionado à antecipação dos efeitos da tutela.

Não é outra a lição de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO:

“Nos casos de excesso de sentença, isto é, de julgamento ultra ou *extra petita*, sua correção significará, na medida do possível, e desde que isso não acarrete supressão de instância, a redução ao que e por que foi pedido pelas partes que participaram do contraditório” (Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 2 - Tomo I, 6ª ed. São Paulo : Saraiva, 2013, p. 349).

No mérito, colhe-se do autuado que a parte autora submeteu-se, em meados de agosto de 2005, sob a responsabilidade do Dr. Egídio Martorano Filho e nas dependências da Clínica Santa Helena, a dois procedimentos cirúrgicos distintos: lipoaspiração de abdome, flancos e lombar, com o objetivo de reduzir o volume de gordura em tais regiões, e mamoplastia de aumento, visando acrescer o volume dos seios.

Ressai indubitável dos autos, ainda, que outros dois procedimentos cirúrgicos foram realizados, um em dezembro de 2005, para corrigir imperfeição na mama esquerda, e outro em maio de 2006, quando foram trocadas as duas próteses por tamanhos maiores.

Segundo a autora, a primeira reoperação contemplou apenas a mama esquerda, visto que esta apresentava maior volume do que a direita e ambos os seios estavam muito próximos um do outro, sem formar o sulco central. Após a sua realização, houve acúmulo de líquido no seio esquerdo (formação de seroma), que precisou ser drenado duas vezes. O terceiro procedimento serviu para substituição das próteses por tamanhos maiores, a fim de preencher o espaço criado pela movimentação da

prótese esquerda, sem que, no entanto, restasse solucionado o problema de deslocamento, que permanece. Além disso, o retoque da lipoaspiração, realizado em maio de 2006, acabou por piorar o resultado da primeira cirurgia, visto que restou com ondulações no abdome, especialmente na região infra-umbilical.

Para os réus, entretanto, as reações foram normais e, até mesmo, esperadas, e o procedimento “comum e simples” realizado em dezembro de 2005 foi de mero retoque, em nível ambulatorial, para o fim de lateralizar a mama direita. A cirurgia de maio de 2006, outrossim, prestou-se unicamente a atender anseio da autora, que não estava contente com o tamanho dos seios e queria aumentá-los, o que não era necessário, pois seu diagnóstico era de retração capsular e não de rejeição. Quanto à drenagem de líquidos, salientam que ocorreu uma única vez e em pequena quantidade e atribuem todas as reações ao organismo da paciente e ao seu próprio comportamento, justo que não procedeu aos cuidados pós-operatórios.

Pois bem. imprescindível destacar, com relação às ações desse jaez, que as obrigações decorrentes dos contratos entre médicos e pacientes dividem-se em obrigações de meio e obrigações de resultado, tal como ensina FERNANDA SCHAEFER, “*in verbis*”:

“São obrigações de meio aquelas em que o médico, ao assistir o paciente, obriga-se apenas a empregar de forma diligente todos os meios e recursos disponíveis para a melhor condução do quadro clínico apresentado, sendo irrelevante a verificação do resultado. Nestes casos o ônus da prova é do credor, ou seja, deve o paciente demonstrar que o médico (devedor) agiu com dolo, negligência, imprudência ou imperícia.

As obrigações de resultado são aquelas em que o devedor se compromete a atingir um determinado objetivo, como, por exemplo, cirurgias estéticas rejuvenescedoras, e anestésias. O que importa é o resultado final e não os meios utilizados. Não sendo atingido o resultado, será o médico considera-

do inadimplente. Aplicam-se a estes casos os princípios da responsabilidade civil objetiva, restando ao devedor demonstrar que não atingiu os objetivos estipulados por total impossibilidade objetiva” (Grifei e sublinhei -, Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico, 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2006, p. 38).

Ordinariamente, a obrigação assumida pelo médico é de meio, justo que sua contratação não é garantia de cura do mal que acomete o paciente, exigindo-se do mesmo, em tais circunstâncias, que sua conduta profissional seja pautada pelo empreendimento de esforço diligente e compatível com procedimentos admitidos pela medicina para superação da respectiva enfermidade.

Situação diversa, entretanto, dimana da contratação do médico com resultado esperado e prometido, o que se amolda às cirurgias estéticas, caso em que a obrigação será de resultado. Nesses casos, deve a vítima demonstrar que o médico não alcançou o resultado prometido com o procedimento adotado para que a culpa resulte reconhecida, tocando ao médico, para eximir-se da responsabilidade, evidenciar a ocorrência de alguma causa excludente de culpabilidade.

Pertinente, nesse âmbito, a lição de SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

“Importa, nessa especialidade, distinguir a cirurgia corretiva da estética. A primeira tem por finalidade corrigir deformidade física congênita ou traumática. (...)

O médico, nesses casos, por mais competente que seja, nem sempre pode garantir, nem pretender, eliminar completamente o defeito. Sua obrigação, por conseguinte, continua sendo de meio. Tudo fará para melhorar a aparência física do paciente, minorar-lhe o defeito, sendo, às vezes, necessárias várias cirurgiassucessivas”.

“O mesmo já não ocorre com a cirurgia estética. O objetivo do paciente é melhorar a aparência, corrigir alguma imperfeição física afinar o nariz, eliminar as rugas do rosto, etc. Nestes casos, não há dúvida, o médico assume obrigação de resultado, pois se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido. Se esse resultado não é possível, deve desde logo alertá-lo e se negar a realizar a cirurgia. O ponto nodal, conforme já salientado (...), será o que foi informado ao paciente quanto ao resultado esperável. Se o paciente só foi informado dos resultados positivos que poderiam ser obtidos, sem ser advertido dos possíveis efeitos negativos (riscos inerentes), eis aí a violação do dever de informar, suficiente para respaldar a responsabilidade médica”.

(...)

“Em conclusão, em caso de insucesso na cirurgia estética, por se tratar de obrigação de resultado, haverá presunção de culpa do médico que a realizou, cabendo-lhe elidir essa presunção, mediante prova da ocorrência de fator imponderável capaz de afastar o seu dever de indenizar”.(Programa de Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005).

Nesse sentido, aliás, precedente do Colendo STJ:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES. 1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética. 2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura. 3.

Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios.⁴ No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presume, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.⁵ Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da “vítima” (paciente).⁶ Recurso especial a que se nega provimento. (Sublinhei - REsp 236708/MG, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 18/05/2009)

No caso em liça, no que respeita à lipoaspiração, a autora não comprovou de maneira escorreita a ocorrência de dano, notadamente porque, a despeito da existência de pequenas ondulações em seu abdome, as quais são sensivelmente constatadas nas fotografias de fls. 52 dos autos e fl. 22 do laudo pericial, é fato incontroverso – informado, aliás, pela própria demandante – que passou por gestação em 2007 e em meados de 2008 foi diagnosticada com doença celíaca, em razão da qual teve grande variação de peso.

Tais fatores, conforme informou o perito às fls. 262 e 269/270, certamente influenciaram no resultado da cirurgia e na aparência atual do abdome, o que não permite estabelecer nexo de causalidade entre a conduta do médico acionado e a existência das imperfeições.

Diferentemente, entretanto, ocorre no tocante à mamoplastia, em relação à qual a autora demonstrou à saciedade a ocorrência dos danos.

Com efeito, volvendo vistas às fotografias juntadas pela parte autora (fls. 49-52), registradas após a realização de todos os procedimentos, é possível perceber acentuado deslocamento lateral da mama esquerda que, além disso, apresentava maior volume e deformidade no sulco, causando impressão de achatamento.

O cotejo de tais retratos com aqueles retirados pelo *expert*, em novembro de 2011 – portanto, mais de cinco anos após a última intervenção –, demonstram melhora significativa na percepção das diferenças de volume e formato dos seios, mas revela a permanência do deslocamento lateral da prótese esquerda que, conforme consignado no laudo pericial, decorre da cirurgia plástica realizada pelo médico réu (resposta ao quesito n. 05, fls. 270) e reflete resultado não desejado pelos litigantes (resposta ao quesito n. 6, fls. 270).

O perito deixa claro, ainda, que enquanto não for realizada cirurgia corretiva, o deslocamento lateral possui caráter permanente (resposta ao quesito n. 4, fls. 270) e não nega que aludido fenômeno pode gerar desconforto à paciente (resposta aos quesitos n. 4 e n. 9, fls. 270/271).

Ainda, conquanto o *expert* pondere que o deslocamento lateral só se revela quando a autora está deitada, a análise das fotografias que instruem o laudo pericial permite perceber discreta lateralização da mama esquerda se comparada à direita, notadamente se analisada a posição dos seios em relação aos braços da autora, mesmo quando está em posição ortostática.

Outrossim, ainda que atualmente as semelhanças entre as mamas sejam maiores, as deformidades apresentadas após a cirurgia são inegáveis, especialmente a teor da fotografia de fl. 52, e a melhora na sua percepção não se deve a qualquer conduta adotada pelo médico requerido, no sentido de minimizar os danos e auxiliar integralmente sua paciente, mas a fatores alheios, como a gestação ocorrida em 2007 e à própria ação da gravidade.

As teses defensivas no sentido de que as alterações não desejadas estão relacionadas ao comportamento do organismo da própria paciente não merecem prosperar, pois embora reações naturais do corpo à prótese sejam possíveis – como a formação de seroma e contratatura ou retração capsular – a ausência do sulco central (simastia), o descolamento de espaço excessivo e a movimentação indesejada da prótese estão relacionados à conduta médica, tanto que podem ser evitados.

Aliás, aludidas ocorrências (descolamento excessivo e hiper mobilidade lateral) não estão relacionadas como “riscos possíveis” pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, conforme informações colhidas em seu sítio eletrônico, acesso em 10 de junho de 2014 (<http://www2.cirurgiaplastica.org.br/cirurgias-e-procedimentos/mama/mamoplastia-de-aumento/>).

A esse respeito, aliás, confira-se a resposta do perito ao quesito n. 6 da autora (fl. 270):

“6. A lesão poderia ter sido evitada?”

R.: Este deslocamento lateral não é desejado, nem pelo médico, nem pela paciente. Pode ser causado por descolamento de espaço excessivo, pela formação de seroma (que impede a formação de cápsula mais justa) e/ou pela movimentação excessiva dos membros superiores, e mesmo das mamas, o que pode ocorrer em pacientes que não usam soutien adequadamente. Não há como verificar qual fator causou a mobilidade lateral da mama esquerda, mas todos os fatores elencados acima podem ser evitados pelo médico e pela paciente”.

É dizer, a partir das informações fornecidas pelo *expert*, conclui-se que o deslocamento lateral da prótese pode ser causado essencialmente por três fatores: (a) formação de seroma; (b) movimentação excessiva dos membros superiores pela paciente e (c) descolamento de espaço excessivo na loja.

Quanto ao primeiro, embora tenha realmente havido a sua formação na mama esquerda da autora, o próprio requerido asseverou com veemência que foram apenas 10ml, drenados “*de forma ambulatorial, na sala de curativos, em não mais do que 05 (cinco) minutos e de uma única vez*” (fl. 65), não sendo razoável imaginar que algo com tamanha simplicidade, a julgar pela descrição dos réus, tenha sido capaz de ocasionar a hiper mobilidade lateral da mama esquerda da autora.

Note-se que o perito confirmou que “*10ml é um volume pequeno*”, ao responder ao quesito n. 13 dos réus (fl. 267)

Alusivamente à movimentação excessiva dos membros superiores – causa convergente com a alegada culpa exclusiva da autora, que não teria comparecido às consultas médicas – estimo que não encontra eco na prova dos autos, relevando destacar, no particular, que as únicas duas testemunhas ouvidas em juízo dão conta do contrário, ou seja, de que a autora realizou os cuidados pós-operatórios e compareceu às consultas agendadas pelo cirurgião (fls. 210-211).

O histórico clínico inserto às fl. 99, além de ser mera cópia, foi produzido unilateralmente, causando estranheza a ausência de sequência cronológica das informações ali postas. Aliás, também gera assombro a alegação do médico requerido de que não realizou nenhum registro fotográfico de sua paciente após os procedimentos, já que a teor, justamente, do escrito encartado às fl. 99, a autora esteve em seu consultório pelo menos cinco vezes após a realização do primeiro procedimento.

Excluindo-se, portanto, a formação de seroma e a movimentação exagerada dos membros superiores, o *descolamento de espaço excessivo* pode ter sido o fato gerador da hiper mobilidade lateral apresentada pela autora, não havendo notícias de que tal causa possa estar relacionada ao comportamento da paciente, mas, pelo contrário, parece estar ligada ao proceder do cirurgião.

Isso porque tal consequência decorre da confecção de um espaço grande demais para receber prótese que, portanto, fica “solta” e movimenta-se demasiadamente, circunstância passível de também causar sismastia (ausência do sulco central entre as mamas), impendendo gizar, neste particular, que foi exatamente essa, segundo a autora, a razão da realização do procedimento a que foi submetida em dezembro de 2005.

A formação de espaço excessivo, outrossim, justifica também o motivo pela qual as próteses foram substituídas por tamanhos maiores, conclusão que, salvo melhor juízo, é infinitamente mais verossímil do que a benevolente versão alegada pelos requeridos, no sentido de que a troca dos implantes quase um ano após o primeiro procedimento (em maio de 2006) sequer era necessária e se deu única e exclusivamente porque a autora estava insatisfeita com o tamanho das mamas.

De qualquer forma, é salutar destacar que não aportou aos autos nenhum exame capaz de demonstrar que as complicações apresentadas pela autora decorreram, efetivamente, de reações naturais do seu organismo.

A tese de que houve retração ou contratura capsular não está minimamente demonstrada e aludido fenômeno não é elencado pelo perito como causador da hiper mobilidade lateral da mama esquerda (vide a já mencionada resposta ao quesito n. 6 da autora).

Ademais, o *expert* elencou as terapêuticas utilizadas no tratamento de uma contratura capsular – “*capsulotomia fechada (hoje pouco realizada), capsulotomia aberta (parcial ou total) e/ou troca de posição dos implantes: de retroglandular para subfascial ou retromuscular, e de subfascial para retromuscular*” (fl. 264, último parágrafo) – e, ao que consta nos autos, a nenhum deles foi submetida a autora.

É dizer, adotando-se a linha intelectualiva dos réus, no sentido de que houve contratura capsular (reação natural do organismo que justificaria a

lateralização) parece-me que a não adoção dos procedimentos indicados para sua escoreta reversão revela, no mínimo, negligência médica.

Estimo, portanto, que a responsabilidade do réu Egídio Martorano Filho é incontestável, seja porque não foi capaz de produzir o resultado prometido e esperado por sua paciente, seja porque não adotou as condutas terapêuticas tecnicamente indicadas à reversão do efeito inesperado.

Nesse exato sentido, colhem-se precedentes desta Corte:

“A assimetria e a deformação das mamas após cirurgia estética para corrigir aparência de seios, evidencia falha contratual, que enseja a obrigação de indenizar. Comprovado o erro cirúrgico, responde objetiva e solidariamente a policlínica, na qual o médico exercia suas atividades. (...) Os ofensores devem indenizar o sofrimento bio-psíquico do ofendido, mormente quando a culpa no contrato-fim é fulcrada em responsabilidade objetiva (...). (TJSC, Apelação Cível n. 2010.081548-8, de São José, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 06-06-2013).

E do Tribunal Gaúcho:

“Embora o conceito do belo seja relativo, há um senso comum de que o resultado da cirurgia deve ser melhor do que a situação anterior. Caso em que restou demonstrado que as próteses se deslocam para cima ao menor esforço físico, causando desconforto, deformidades e dores. Ademais, os elementos dos autos mostram que o requerido não informou à paciente sobre todos os possíveis resultados do procedimento. Sendo o resultado da cirurgia plástica diferente daquele esperado pela autora, configurado está o dano moral que se deu in re ipsa. IV- Os prejuízos materiais deverão ser ressarcidos pelos réus através de nova cirurgia plástica de mamoplastia em razão do procedimento cirúrgico defeituoso. V - Nos termos do disposto no art. 405, do Código Civil, em se tratando de relação contratual, os juros de mora fluem a partir da citação. APELAÇÕES DESPROVIDAS”. (Apelação Cível Nº 70056496557, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 28/11/2013)

Também:

“(…) Hipótese dos autos em que a consumidora contratou a prestação de serviço médico cirúrgico para deixar a mamas simétricas e dar sustentação aos seios. A obrigação do cirurgião plástico é de resultado, respondendo o profissional da medicina pelos prejuízos decorrentes da não obtenção do resultado almejado pelo paciente. Entendimento doutrinário e jurisprudencial (AgRg no Ag 1132743/RS). A análise sistemática dos elementos probatórios demonstrou claramente que os seios da consumidora não ficaram simétricos, apresentando deformidade tanto no plano horizontal quanto no vertical, além do que os seios da paciente ficaram caídos, com resultado muito abaixo da expectativa daquele imaginado por quem busca uma melhoria estética. Evidenciado que o tratamento plástico embelezador não atingiu ao resultado almejado, aliás, inclusive acarretou dano estético a paciente. Demonstrada a falha na prestação do serviço surge o dever de indenização decorrente da incorreção do tratamento plástico proposto e aplicado pelo médico cirurgião (...). (Apelação Cível Nº 70055663959, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 11/09/2013)

Com relação à suposta “ausência de nexo causal” entre os danos alegados pela autora e a Clínica Dr. Egídio Martorano Filho S/A – o que, na realidade, encerraria ilegitimidade passiva da requerida – há que ponderar que, embora a primeira cirurgia tenha sido realizada na Clínica Santa Helena, os elementos de prova constantes nos autos permitem aduzir que todos os procedimentos seguintes foram realizados nas dependências da Clínica Dr. Egídio Martorano.

Isso porque a própria Clínica afirma que tanto o procedimento de “lateralização da prótese direita”, realizado em dezembro de 2005, quanto a aspiração do seroma, em janeiro de 2006, foram realizados em nível ambulatorial, com anestesia local, sem necessidade de internação – é dizer, nas dependências da própria Clínica Dr. Egídio Martorano, onde, aliás, localiza-se o consultório do cirurgião.

Além disso, os documentos encartados às fls. 42 e 47 revelam que os valores de internação, conquanto previstos no orçamento, são pagos diretamente pela paciente à clínica onde se dará a intervenção. Sucede que a autora afirma desde a inicial que não suportou custos com relação aos procedimentos seguintes à intervenção originária – os quais os réus, inclusive, reputam devidos –, de modo que, se futuras internações ocorreram na Clínica Santa Helena, a ré é que arcou com tal prejuízo e, portanto, era de se esperar que comprovasse documentalmente tal realidade, ônus do qual não se desincumbiu.

Outrossim, as notas fiscais referentes ao honorários médicos tanto da mamoplastia, quanto da lipoaspiração, foram emitidas pela Clínica, consoante se observa às fls. 44 e 45.

Como se tudo não bastasse, embora relacionada com condição da ação – arguível e pronunciável a qualquer tempo – é no mínimo reveladora a conduta da requerida Clínica Dr. Egídio Martorano de sustentar sua ilegitimidade passiva somente em sede recursal, notadamente considerando que até a prolação da sentença defendeu-se sempre, e energicamente, do mérito das acusações, inclusive conjuntamente ao corréu, Dr. Egídio Martorano.

A par de todos esses elementos, torna-se evidente a responsabilidade solidária dos réus pelos prejuízos experimentados pela autora, justo que os danos sofridos são inegáveis e não restaram provadas quaisquer condutas excludentes de culpabilidade.

A indenização por danos morais é devida, ao contrário do que sustenta o médico demandado e a esse respeito parece-me desnecessária maior dialética, pois é intuitivo o sofrimento e a frustração da demandante que, ao contratar um médico na expectativa de melhorar sua aparência, se depara com deformidades na mama esquerda e com a necessidade de submeter-se a outros dois procedimentos cirúrgicos para correção –

não atingida plenamente –, intermediados por duas aspirações de seroma com seringa.

Não se pode compreender que a conduta do primeiro réu seria de todo suportável pela autora, decorrendo daí a desnecessidade da respectiva indenização, notadamente considerando as explicações vazias que foram fornecidas pelo médico, conforme aduz a autora, no sentido de que tudo estava bem e que com o tempo ambas as mamas ficariam melhores. Note-se, aliás, que no “histórico clínico” da paciente, jamais foi registrada sua verdadeira situação, já que as anotações denotavam uma realidade absolutamente normal e as cirurgias sempre apresentavam “bom aspecto” (fl. 99).

O dano moral, como se sabe, é aquele decorrente de ação ou omissão que venha a atingir o patrimônio não econômico da pessoa, por isso também denominado de dano extrapatrimonial. É expressiva, pois, a sua carga de subjetividade, atingindo bens incorpóreos, firmando residência em sede psíquica e sensorial. Não é por outra razão, aliás, que MARIA HELENA DINIZ obtempera ser “*grande o papel do magistrado na reparação do dano moral, competindo, a seu prudente arbítrio, examinar cada caso, ponderando os elementos probatórios e medindo as circunstâncias, preferindo o desagravo direto ou compensação não-econômica à pecuniária, sempre que possível, ou se não houver riscos de novos danos*”. (“Curso de direito civil brasileiro; responsabilidade civil”, São Paulo, Saraiva, 1984, volume 7, p. 79).

No que concerne ao *quantum* indenizatório, anoto que compete ao julgador mensurar, caso a caso, mesmo que de modo subjetivo, aquilo que possa ser razoável e justo, quer para o autor, quer para o réu. Para tanto, deverá considerar a intensidade do sofrimento moral do ofendido, a gravidade, a repercussão, a posição social daquele, seu grau de cultura, atividade e seus ganhos, requisitos que também deverão ser levados em

consideração para exame do perfil do ofensor, acrescido, quanto a este, o exame da sua capacidade econômico-financeira para suportar o encargo que lhe é imposto. E assim deve ser, pois além do aspecto punitivo em desfavor daquele que ofende, há que ser analisado o grau de suportabilidade do encargo.

Essa Corte já proclamou:

“[...] a indenização por dano moral não pode ser fixada em valor vil, diante da natureza compensatória do abalo psicológico sofrido. Também não deve ser determinado um valor estratosférico, pois não se pode constituir em fonte de enriquecimento. Há que se encontrar uma correspondência entre o sofrimento moral imposto e o valor econômico a ser atribuído. Nesta busca, deve o magistrado se valer do princípio da razoabilidade, tendo em conta o fato concreto e suas particularidades” (Ap. Cív. nº 2002.006981-2, Rel. Des. Nicanor da Silveira).

E mais:

“A indenização por danos morais que tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, ao elemento pedagógico, consistente na observação pelo ofensor de maior cuidado de forma a evitar a reiteração da ação ou omissão danosa. Deve harmonizar-se com a intensidade da culpa do lesante, o grau de sofrimento do indenizado e a situação econômica de ambos, para não ensejar a ruína ou a impunidade daquele, bem como o enriquecimento sem causa ou a insatisfação deste” (AC 2008.051361-1, relator: Des. Vanderlei Romer, 29/04/2009).

Assim, por não existir fórmulas matemáticas para mensurar o dano moral, a indenização deve ser estipulada com moderação e razoabilidade, servindo para reparar o gravame e para intimidar o ofensor na prática de

semelhante ato, vetores observados pelo magistrado *a quo*, que fixou em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) o montante indenizatório.

Os danos estéticos são igualmente inegáveis e não se confundem com o dano anímico, visto que são compreendidos como espécie do gênero deste, verificando-se a existência daqueles quando a vítima sofrer deformidade física indelével ou prolongada, notadamente no caso de cirurgias plásticas, em que a obrigação do cirurgião, como se viu, é de resultado.

Daí o entendimento sumulado no verbete nº 387 do STJ, no sentido de que “*é possível a acumulação das indenizações de dano estético e moral*”, não havendo, pois, falar em “*bis in idem*” ou em impossibilidade de cumulação.

De outro giro, penso que a solução adotada na origem, no sentido de condenar os réus, a título de danos estéticos, aos custos advindos de uma nova cirurgia reparadora, realizada com profissional escolhido pela autora, extrapola do pedido inicial, concedendo-lhe objeto diverso do pleiteado e entregando-lhe provimento sequer desejado pela demandante, que não almeja submeter-se a novo procedimento cirúrgico, direito que lhe assiste de forma irrefutável.

Com efeito, ninguém pode ser obrigado a submeter-se a qualquer procedimento médico-cirúrgico e aos riscos naturais a ele inerentes, notadamente no caso dos autos, quando não apenas um, mas três procedimentos distintos já foram realizados sem que se tenha alcançado êxito na correção das sequelas deixadas.

Destarte, penso que, assim como os danos morais, os prejuízos estéticos devem ser indenizados à autora e, atentando aos mesmos parâmetros que devem equacionar a fixação da indenização por dano anímico, arbitro a indenização correspondente em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), valor que, a meu sentir, bem atende aos princípios da razoabilidade e da

proporcionalidade, devendo sua atualização ser contada da data do presente acordão, com juros de mora incidente a partir da mesma ocasião.

No que toca aos ônus sucubenciais, houve, sim, decaimento da requerente, pois não teve atendido seu pleito com relação ao procedimento de lipoaspiração, o que justifica a manutenção do édito singular também no que respeita à distribuição da sucumbência, à razão de 1/3 pela parte autora e 2/3 pelas rés, tanto para as custas como para o estipêndio advocatício, arbitrado em 20% sobre o valor da condenação.

A compensação entre as verbas honorárias é permitida, nos termos da Súmula 306 do STJ e a circunstância de a parte autora litigar sob o pálio da gratuidade judiciária não altera essa conclusão.

A propósito:

“O benefício da gratuidade judiciária não afasta a imposição da sucumbência, e, por conseguinte, a compensação desta, mas apenas possibilita a suspensão do pagamento, na hipótese de condenação ao pagamento de tal ônus, pelo período de cinco anos”. (STJ - Agravo Regimental no Recurso Especial 1019852/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 20.11.2008)

Ante o exposto, conheço dos reclamos interpostos e (a) dou parcial provimento ao apelo da autora para o fim de fixar em seu favor indenização pelos danos estéticos sofridos no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), atualizados na forma alhures exposta; (b) dou parcial provimento ao apelo do corréu Egídio Martorano Filho para extirpar a parte do comando sentencial que defere, de ofício, a antecipação dos efeitos da tutela em favor da demandante e, por fim, (c) nego provimento ao apelo da ré Clínica Egídio Martorano Filho.

É como penso. É como voto.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2011.048624-2, de Itajaí

Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. NEGATIVA DE SEGURO AO ARGUMENTO DE QUE A AUTORA PERMITIU QUE SEU FILHO MENOR E NÃO HABILITADO DIRIGISSE O AUTOMÓVEL SEGURADO. CONJUNTO PROBATÓRIO CONDIZENTE COM A VERSÃO DA SEGURADORA. AGRAVAMENTO DO RISCO CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.048624-2, da comarca de Itajaí (2ª Vara Cível), em que é apelante Viviane Wippel Moser, e apelada HDI Seguros S/A:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Henry Petry Junior e Jairo Fernandes Gonçalves.

Florianópolis, 16 de janeiro de 2014.

Sérgio Izidoro Heil

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Viviane Wippel Moser contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Itajaí que, nos autos da ação indenizatória n. 033.07.036672-4, ajuizada contra HDI Seguros S/A, julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) (fls. 180/186).

Alega, em resumo, que: o presente feito não comporta julgamento antecipado; não restou comprovado que o filho menor da recorrente estava conduzindo o veículo no momento do acidente; não é possível reconhecer o agravamento do risco pelo simples fato de que um menor teria dirigido o automóvel; há prova substancial de que a recorrente não autorizou seu filho a dirigir o veículo.

Pugna pela reforma da sentença para julgar procedente o pedido inicial.

Contra-arrazoado (fls. 209/214), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

VOTO

Viviane Wippel Moser insurge-se contra sentença proferida pelo magistrado de primeiro grau, que julgou improcedente seu pedido nos autos de ação de cobrança de seguro intentada contra a seguradora apelada.

No caso em tela a recorrente visa a condenação da ré ao pagamento de apólice securitária correspondente ao valor de mercado de veículo sinistrado, mais 10% (dez por cento).

De início, ressalto que o julgamento antecipado do feito está adequado, uma vez que as provas documentais existentes, bem como aquelas emprestadas da ação penal relativa ao mesmo evento são suficientes para o exame da lide (art. 330, I, do CPC).

Cumprе enfatizar, ainda, que a prova testemunhal produzida na esfera criminal foi colhida na presença do Ministério Público e do mesmo advogado militante nestes autos, Dr. Dalírio Anselmo da Silva, observados, desta forma, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Quanto ao mérito, cabe observar, por oportuno, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à hipótese, dado que autora e ré se enquadram no conceito de consumidor e de fornecedor, respectivamente, nos termos dos artigos 2º e 3º do aludido diploma legal.

A negativa de seguro, *in casu*, se deu com base na Cláusula 9ª das Condições Contratuais do Seguro HDI Auto, ao argumento de que a proprietária do automóvel teria permitido que seu filho menor e não habilitado dirigisse o veículo segurado, *verbis*:

9. Perda de Direitos

Além dos casos previstos em lei, a HDI Seguros ficará isenta de quaisquer obrigações decorrentes desta apólice se:

[...]

d) o sinistro ocorrer e o veículo estiver sendo dirigido por pessoa não habilitada legalmente, entendendo-se como tal, aquela que não possua carteira de habilitação ou cuja habilitação não seja apropriada para a categoria do veículo segurado, ou ainda, a habilitação tenha o prazo do exame de saúde vencido, ou esteja retida, cassada ou suspensa pelas autoridades de trânsito; (fl. 72).

No Registro de Ocorrência realizado pela Polícia Militar, consta como condutor do veículo envolvido no acidente L. W. M., filho da autora. De acordo com os relatos do policial militar que redigiu o histórico da ocorrência, “O condutor do veículo foi conduzido em estado grave pelo ASU até o Hospital Marieta Konder Bornhausen” (fl. 58).

Tendo em vista a notícia de que o veículo da autora/apelante estava sendo conduzido por seu filho menor, restou instaurado Termo Circunstanciado, no qual foram colhidas as declarações do filho da autora, do possível condutor do veículo e dos policiais presentes na ocasião dos fatos.

Muito embora as declarações colhidas na fase policial sirvam apenas de indícios de prova, são muito importantes quando analisadas concomitantemente a todo o conjunto probatório. Vale transcrevê-las:

Guarda Municipal Ricardo Luis Barbosa:

[...] que ao chegar no local da ocorrência o socorro médico ali já se encontrava e a informação que obteve junto aos presentes foi de que o condutor do veículo se tratava de uma pessoa menor de idade; que esta informação obteve junto a polícia militar, e inclusive no registro gerado pelo COPOM, consta como condutor L. W. M. com 17 anos de idade; que o declarante telefonou para a residência do referido menor, onde em conversa com a genitora de Leonardo, para checar sobre o acidente, esta relatou que “tinha entregado” o veículo para seu filho, para que o mesmo fosse até uma agência bancária em Balneário Camboriú sacar dinheiro; que no dia 29/09/2006, compareceu nesta distrital a pessoa de nome HILTON ALCINÉZIO BITTENCOURT, acompanhado de um advogado para registrar a ocorrência, onde este disse ser ele o motorista do veículo astra no momento do acidente; relata também que nesta delegacia foram entregues duas carteiras de identidade de L., e foi constatado que uma delas é falsa (fl. 59, grifo nosso).

Carlos Alberto Vaz Junior, policial militar que também atendeu a ocorrência:

[...] lá chegando os bombeiros já tinham conduzido a vítima, o motorista do automóvel GM/Astra para o hospital; que no local apenas estava presente um masculino o qual não foi identificado naquele momento, mas que relatou estar também no veículo, mas nada sofreu; *que as informações que o declarante recebeu no local dos fatos davam conta de que o motorista do veículo no momento do acidente se tratava de um masculino menor de idade* (fl. 61, grifo nosso).

Em juízo, nos depoimentos colhidos na ação criminal, os policiais Ricardo Luiz Barbosa e Carlos Alberto Vaz Junior confirmaram os mesmos fatos relatados na fase policial, vejamos:

[...] que quando chegou no local a vítima já tinha sido socorrida pelos bombeiros; que ouviu comentários de pessoas no local de que o rapaz que havia sido socorrido pelos bombeiros estava dirigindo, e que havia um outro ocupante de carona, que ainda estaria no local; que não chegou a conversar com esse outro ocupante, acredita que seu colega, acredita que de nome Cristian, conversou com ele; [...] que melhor esclarece o que disse na fase policial, confirmando o que falou acima no sentido de que o outro ocupante do veículo relatou estar como carona para o seu outro colega policial” (Carlos Alberto Vaz Junior, fls. 131).

[...] que quando chegaram no local a PM lhes informou que o rapaz que havia sido socorrido ao hospital, um menor, era quem dirigia o veículo; que não tem certeza de como a PM obteve essa informação; que depois apareceu um amigo da vítima e disse que também estava no veículo sem precisar se como motorista ou como carona; que depôs na Delegacia de Polícia, confirmando sua assinatura à fl. 36; *que confirma o que consta no seu depoimento na fase policial no sentido de que pessoalmente ligou para a casa desse menor que*

havia sido socorrido, foi atendido pela mãe, que confirmou ter entregue o veículo para o filho ir a uma agência bancária em Balneário Camboriú para sacar dinheiro; que não sabe dizer se quando ligou a genitora já sabia ou não do acidente; que confirma que no dia 29/09 uma pessoa de nome Hilton compareceu na delegacia acompanhado de advogado, para registrar ocorrência, dizendo que era ele, Hilton, quem estaria na direção do veículo; que a PM lhe entregou no local uma carteira de identidade da vítima socorrida e depois apurou-se ser falsa, no que tange à data de nascimento; [...] que a vítima já havia sido socorrida quando lá chegou; que foi o depoente quem fez o B.O. acima referido (Ricardo Luis Barbosa, fls. 132-133, grifo nosso).

Extraí-se do depoimento de L. W. M., filho da autora:

[...] que estava no veículo, como caroneiro, no banco da frente; que foi o próprio informante quem pegou as chaves que estavam em um chaveiro na parede da cozinha e as entregou para Hilton, que foi quem dirigiu o carro; que saíram para ir à casa de um amigo do informante, de nome Estefão que morava em Balneário, onde lá pegariam um outro amigo de nome Samuel para levá-lo para casa, no bairro Itaipava; que sua mãe e seu pai estavam na missa; que estava sem cinto de segurança; que não sabe dizer em que parte do carro passou quando foi jogado para fora do carro; que nunca dirigiu o carro antes, mas seu amigo Hilton sim; [...] que era comum usar o carro para passeio, mas nunca o dirigia, que Hilton e outros eram os que dirigiam; que seus pais só permitiam que amigos habilitados dirigissem; que não se recorda de detalhes do acidente (fls. 141-142, grifo nosso).

E de Hilton Alcinesio Bittencourt que, segundo a autora e seu filho, era o condutor do veículo no momento do acidente:

[...] que estava com o menor L. no veículo, afirmando o depoente ser o condutor; que saíram da casa de L. em direção à Balneário para darem uma

volta; que pelo que sabe L. nunca dirigia o carro; que já dirigiu aquele carro antes; que L. estava sem cinto, feriu-se mais gravemente, e foi socorrido, já o informante foi espontaneamente depois ao hospital do coração no outro dia de manhã, porque sentia dores; que esteve na delegacia uma semana depois para registrar a ocorrência, que só o fez naquela data quando foi procurado pela família; que do local ligou para os bombeiros de um orelhão; que foi ajudado por um terceiro para sair do veículo; que chegou a ajudar no socorro de L. ; que saiu pelo lado do motorista; que já saiu mais de dez vezes com aquele carro, sendo que no dia em que saíram os pais estavam na igreja; que foi o informante quem pegou as chaves e não chegou a pedir permissão aos pais de L. , donos do carro; que estava com cinto; que o carro ficou na pista contrária capotado; que L. ficou a uns 3 ou 4 metros do carro; que não sabe se dava para abrir a porta do carona, que a porta do carona não estava aberta, não sabendo dizer por onde saiu o corpo da vítima; que a PM ainda não estava no local quando a vítima foi socorrida; que pediu, mas os bombeiros não deixaram que acompanhasse a vítima sendo socorrida; que não se apresentou aos PM's quando ali chegaram; que naquele dia pretendiam dar uma volta na Barra Sul; que confirma que foi o próprio depoente quem pegou as chaves que estavam penduradas na parede da cozinha; que foi L. quem convidou para darem a volta; que os pais tinham outro carro, uma Courier; que esclarece que não viu a PM chegar ao local, saiu antes, só conversou com o bombeiro; que falou de um orelhão do lado da pista de quem vem de Balneário, em frente a um ferro-velho; que não ligou para os pais da vítima porque não lembrou do número (fls. 134-135, grifo nosso).

Por fim, o depoimento da autora:

[...] que só permitia que amigos de confiança e com habilitação dirigissem; que seu filho já sabia disso e quais os autorizados; que seu filho já havia saído com amigos, estes dirigindo, sem falar com a interroganda; que um policial lhe telefonou umas duas semanas depois do acidente, mas nega ter dito para ele que autorizara seu filho a conduzir o veículo aquele dia; que o policial só perguntou se poderia comparecer a delegacia, quando disse que não em razão da saúde de seu filho; [...] que das saídas anteriores nunca houve acidentes, apreensões ou multas; que era comum Hilton dirigir o carro, confiava nele

pois frequentava sua casa assiduamente; que não lembra se procurou Hilton ou este a procurou para registrar a ocorrência; que não lembra se acompanharam Hilton quando do registro da ocorrência (fls. 143-144).

Em atenta análise da prova testemunhal, é possível perceber várias contradições entre os depoimentos do filho da autora e de seu amigo Hilton Alcinesio Bittencourt, suposto condutor do veículo segurado, os quais parecem faltar com a verdade.

O filho da autora, L. , relatou que foi ele quem pegou as chaves do veículo na parede da cozinha, enquanto que Hilton também disse que pegou as chaves. L. afirmou que iriam para Balneário Camboriú para visitarem dois amigos; de outro lado, Hilton asseverou que iriam para o município vizinho apenas “dar uma volta na Barra Sul”.

Ora, tais divergências levam a crer na intenção de L. e Hilton de distorcer a realidade dos fatos, de forma a convencer o juízo de que era Hilton Bittencourt quem conduzia o automóvel na ocasião do acidente. Se os fatos tivessem ocorrido da forma narrada pela autora, não haveria razão para que os envolvidos faltassem com a verdade.

Conforme registrou, com propriedade, o Magistrado de primeiro grau, é “demais curioso o fato de Hilton evadir-se do local antes da chegada da polícia militar, bem como não aguardar atendimento emergencial para si, tendo em vista a proporção do acidente e os significativos danos causados no veículo, que restaram evidenciados pelas fotos de fls. 17-20. Da mesma forma causa estranheza Hilton não entrar em contato com a autora e sua família logo após o acidente, porquanto conforme relata a autora, por ser uma pessoa de sua confiança e frequentar assiduamente seu domicílio, certamente Hilton acompanharia a recuperação de L. e ainda entraria imediatamente em contato com a autora, o que, estranhamente, não aconteceu” (fl. 185).

Chama atenção, ademais, o fato de Hilton dirigir-se à Delegacia de Polícia somente uma semana após o evento para registrar a ocorrência e declarar, na presença de um advogado, ser o condutor do veículo envolvido em acidente de tão significativa proporção.

Levando-se em conta os depoimentos prestados, sobretudo as declarações dos policiais - que confirmaram a informação de que era o menor L. , pessoa não habilitada, quem dirigia o automóvel no momento do sinistro - a versão mais coerente com o conjunto probatório constante dos autos é aquela defendida pela seguradora.

Cabe observar, por oportuno, que a absolvição da requerente/apelante no juízo criminal (fls. 175/177) em nada altera o resultado desta demanda, porquanto o acórdão respectivo foi fundamentado na ausência de provas para a condenação.

Neste sentido:

SENTENÇA CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO DO PREPOSTO DA EMPRESA TRANSPORTE ELVI S/A POR FALTA DE PROVAS. DECISÃO QUE NÃO SURTE QUALQUER EFEITO NA ESFERA CÍVEL.

A absolvição criminal por falta de provas, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, não gera coisa julgada na esfera cível. (AC n. 2010.036887-9, de Joinville, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 3.10.2013).

Portanto, a ausência de provas para condenação na esfera penal não é garantia de improcedência do pedido em demanda indenizatória no âmbito civil.

Destaco, ainda, que nada obstante a incidência do Código de Defesa Consumidor à relação jurídica havida entre as partes, com interpretação do contrato de seguro de forma a favorecer a consumidora/segura-

da, não vislumbro qualquer abusividade na cláusula de exclusão de riscos (objeto desta ação), uma vez que foi redigida de forma nítida e de fácil entendimento, inexistindo qualquer desvantagem passível de nulidade.

Sendo assim, caracterizado o descumprimento, pela recorrente, da cláusula contratual de exclusão de risco previamente estipulada, agiu com acerto o magistrado *a quo* ao julgar improcedente o pedido da segurada.

A propósito, já decidiu esta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – CONTRATO DE SEGURO – VEÍCULO CONDUZIDO POR MENOR NÃO HABILITADO – PROVA TESTEMUNHAL – CAUSA EXONERATIVA DO DEVER DA SEGURADORA DE ARCAR COM O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO – SENTENÇA CONFIRMADA – INSURGÊNCIA RECURSAL DESPROVIDA (AC N. 2003.001864-6, de Indaial, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 10.11.2003).

E o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO DE COBRANÇA. VEÍCULO ENVOLVIDO EM ACIDENTE DE TRÂNSITO CONDUZIDO POR MOTORISTA MENOR DE IDADE. AGRAVAMENTO DO RISCO CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Trata-se de ação de cobrança de indenização securitária decorrente de contrato de seguro de veículo que objetiva a condenação da seguradora ao pagamento dos danos provocados pelo filho do autor, menor de idade, em acidente de trânsito, julgada improcedente na origem. Não obstante a incidência do Código de Defesa Consumidor à relação jurídica havida entre as partes, e mesmo que o contrato em testilha tenha sido analisado com o olhar favorecido para o consumidor, não há como considerar a cláusula de exclusão de riscos (ênfase da lide), por si só, abusiva, pois esta foi redigida de forma nítida e de fácil entendimento ao consumidor, parte hipossuficiente da relação, inexistindo atribuição de

desvantagem exagerada ao aderente. A apólice sub judice, destarte, observou o dever de informação preconizado no art. 6º, inc. III, do CDC. Afora isso, a liturgia do *caput* do artigo 757 do Código Civil estabelece que a seguradora obrigar-se-á apenas pelos riscos predeterminados, ou então, pelos riscos assumidos, de sorte que sua interpretação possibilita a eleição de riscos sobre os quais recairá a cobertura securitária, bem como a exclusão daqueles que não pretende garantir. *In casu*, configurou-se legítima a negativa da cobertura securitária por parte da seguradora, mormente porque o veículo sinistrado, no momento do acidente, estava sendo conduzido por pessoa não habilitada, menor de idade, e, dessa forma, configurou-se o risco sobre o qual a seguradora não está obrigada a responder, a teor da pactuação da cláusula 4.1. Com efeito, o autor não logrou êxito em comprovar a ausência do agravamento do risco, ex vi legis do artigo 333, inciso I, do CPC. Malgrado o demandante tenha alegado que não teria sido intencional a situação do sinistro, mas resultante da utilização por terceiro não autorizado, tendo em vista que nunca deu autorização para o seu filho menor conduzir o veículo, o panorama probatório não socorre o direito pretendido, uma vez que insuficiente e sem foro de convencimento. Se o demandante/segurado quisesse alcançar verossimilhança em suas alegações, deveria ter se valido de outras provas, inclusive a testemunhal, mas, todavia, quando intimado para se manifestar acerca do interesse na produção de provas silenciou a respeito. Não há falar em impossibilidade de produção de prova negativa, pois poderiam ter sido arroladas testemunhas a fim de corroborar as alegações de que o menor de idade não sabia dirigir e de que os seus pais jamais lhe emprestaram o carro, que ele se apropriou indevida e desautorizadamente das chaves do veículo, o que não ocorreu. Ademais, além de o motorista do veículo segurado não possuir habilitação, por ser menor de idade, estava sob a influência de álcool, circunstância que, por evidente, contribuiu para a ocorrência do sinistro e o agravamento do risco do contrato de seguro, mormente em face da dinâmica do acidente (colisão em um muro sem referência de envolvimento de outro (s) veículo (s)). APELAÇÃO DESPROVIDA. (AC n. 70042852442, rel. Des. Niuwton Carpes da Silva, j. 4/4/2013).

Por conta de todo o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo-se a sentença de improcedência.

Apelação Cível n. 2012.081752-9, de Joinville

Relator: Des. Henry Petry Junior

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO. PARTILHA DE BENS. - PROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

RECURSO DA RÉ. (1) PARTILHA. AUTOMÓVEIS. INTEGRAÇÃO AO PATRIMÔNIO COMUM. PROVA CONTRÁRIA. AQUISIÇÃO PELO VARÃO APÓS A SEPARAÇÃO JUDICIAL. EXCLUSÃO DA DIVISÃO.

- Se a prova autuada demonstra que a aquisição de dois automóveis almejados pela virago ocorreu após a separação judicial, tem-se que não devem integrar a partilha, a qual, por certo, deverá se restringir ao patrimônio comum.

(2) LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PEDIDO EM CONTRARRAZÕES RECURSAIS. AUSÊNCIA DE DOLO PROCESSUAL.

- Não há reconhecer a litigância de má-fé da recorrente, por não se visualizar o dolo processual exigível, quando os argumentos lançados são aqueles normais à lide.

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.081752-9, da comarca de Joinville (2ª Vara da Família), em que é apelante A. O. B., e apelado J. R. da 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 Senhor Desembargador Sérgio Izidoro Heil, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves.

Florianópolis, 30 de janeiro de 2014.

Henry Petry Junior

RELATOR

RELATÓRIO

1. A ação

Perante a 2ª Vara da Família da comarca de Joinville, J. R. da S. ajuizou, em 12.04.2010, “ação de conversão de separação em divórcio” em face de A. O. B, alegando que se encontram separados judicialmente desde 19.10.1990 (autos n. 3.797/90) e, diante do lapso temporal transcorrido, não há óbice à conversão em divórcio.

Narrou que da união nasceram cinco filhos, hoje todos maiores, e que há um bem a partilhar, qual seja, um imóvel, localizado em Joinville, que desde a separação do casal serviu de moradia à acionada.

Requereu, assim, a conversão da separação em divórcio e a partilha do bem indicado. Postulou, também, fossem-lhe deferidos os benefícios da justiça gratuita. (fls. 02/06)

A exordial foi instruída com os documentos de fls. 07/21.

Deferida a gratuidade à fl. 23.

Citada, a ré apresentou resposta em forma de contestação escrita (fls. 27/30), na qual sustentou que o autor, após a separação, não honrou o pagamento das verbas alimentares estabelecidas para os filhos e que, ajustado ao fim do enlace que a partilha dos bens seria procedida na forma do artigo 982 e seguintes do Código de Processo Civil, o acionante recusou-se a efetuar a repartição. Alegou que outros bens integram o patrimônio a ser partilhado, quais sejam, um automóvel de propriedade do autor e dois imóveis residenciais localizados no município de Içara, além dos bens que os guarnecem. Requereu, ao final, a expedição de ofícios para fins de comprovação dos aludidos bens, a improcedência do pedido

e o deferimento de gratuidade, instruindo a resposta com os documentos de fls. 31/35.

Impugnação à contestação às fls. 38/39.

Parecer ministerial às fls. 40/42.

Conversão, de ofício, em ação de divórcio ante a Emenda Constitucional n. 66/2010 (fl. 43).

Na instrução processual, foram ouvidas 01 (uma) testemunha arrolada pelo autor e 02 (duas) informantes indicadas pela ré (fls. 80/82 - depoimentos na mídia de fl. 83).

Razões finais pelo autor às fls. 87/89, não tendo a ré apresentado a peça no prazo concedido (fl. 93).

Ofício do Registro de Imóveis da comarca de Içara à fl. 91 e do CIRETRAN à fl. 94.

Manifestação ministerial pela ausência de interesse em atuar no feito à fl. 96.

Após, sobreveio decisão judicial.

1.1. A sentença

No ato compositivo da lide (fls. 97/99), a juíza Hildemar Meneguzzi de Carvalho, em 23.05.2012, julgou procedente o pedido e decretou o divórcio dos litigantes e determinou a partilha do patrimônio comum, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada parte, qual seja, o bem imóvel descrito na exordial, consistente no imóvel no qual reside a acionada, localizado na cidade de Joinville, e do automóvel descrito à fl. 94, com valores a serem apurados em liquidação de sentença, autorizada a compensação.

Fixou honorários aos causídicos que atuaram na causa defendendo os interesses das partes em 15 (quinze) URHs para cada.

1.2. O recurso

Irresignada com o *decisum*, a ré interpõe recurso de apelação (fls. 101/104), sustentando que a sentença objurgada deixou de incluir na partilha bens comuns do casal, cuja existência foi comprovada por documento na instrução do feito (fl. 94). Requer, assim, a reforma da sentença para que seja determinada a partilha dos automóveis descritos à fl. 94, postulando a fixação de URH's diante da atuação de sua defensora no feito.

Contrarrazões às fls. 109/113, acompanhada dos documentos de fls. 114/115, oportunidade em que o apelado postula a manutenção da sentença prolatada em primeiro grau de jurisdição e requer a condenação da apelante nas penas por litigância de má-fé.

Ascendidos os autos a esta Corte, remeteu-se o feito à Procuradoria-Geral de Justiça, que por parecer do Procurador de Justiça Plínio César Moreira manifestou desinteresse em atuar no feito.

Anote-se que os presentes autos tramitam de forma prioritária por força dos ditames do Estatuto do Idoso.

É o relatório possível e necessário.

VOTO

2. A admissibilidade do recurso

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

2.1. O mérito

Da acurada análise dos autos, tenho que razão não assiste à recorrente, sendo mister a manutenção da sentença, em virtude dos seguintes fundamentos.

2.1.1 A partilha

No tocante à partilha, a sentença assentou, em síntese, a partilha dos bens comuns na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada parte, quais sejam o imóvel em que mora a requerida (fl. 18) e o automóvel, o qual já foi vendido, devendo ser objeto de compensação, com valor a ser apurado em liquidação de sentença.

A ré, entretanto, aduz que a decisão deixou de incluir na partilha bens comuns do casal comprovados durante a instrução do feito, conforme a fl. 94:

- a) Ford/Escort L., placa ABI-1360, Renavam 518202917, cadastrado em Criciúma/SC, e;
- b) VW/Gol 1.000I, placa ICY-2472, Renavam 634084216, cadastrado em Içara/SC.

Em linhas gerais, a separação judicial marca o fim do regime de bens entre os cônjuges, com efeitos *ex nunc*. Todavia, ocorrendo a separação de corpos cautelar ou comprovadamente a separação fática, o término do regime de bens opera-se com efeitos retroativos a estas datas.

A propósito, ROLF MADALENO aponta:

A separação judicial acarreta a extinção do regime de bens do matrimônio, ressalvada a hipótese de preexistente separação de fato, ou a separação de corpos promovida para antecipar, oficialmente, o termo final da comunicação de bens, além de gerar outros efeitos retroativos à data da separação fática ou de corpos do casal. (MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 279)

No mesmo norte, caminha a jurisprudência:

I) CIVIL E PROCESSUAL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. REQUERIMENTO DE INVENTÁRIO E PARTILHA. AQUISIÇÃO IMOBILIÁRIA POSTERIOR AO ROMPIMENTO DE FATO DA RELAÇÃO CONJUGAL. EFEITOS. TITULAÇÃO DE ÁREA DE TERRAS. CONSIDERAÇÃO, BASEADA EM EXAME DOCUMENTAL, DE AQUISIÇÃO PARCELA [sic].

I. A cônjuge-uirago separada de fato do marido há muitos anos não faz jus aos bens por ele adquiridos posteriormente a tal afastamento, ainda que não desfeitos, oficialmente, os laços mediante separação judicial. Precedentes do STJ. [...] (STJ. Resp n. 32.218/SP, rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 17.5.2001)

II) Casamento (efeitos jurídicos). Separação de fato (5 anos). Divórcio direto. Partilha (bem adquirido após a separação). Em tal caso, tratando-se de aquisição após a separação de fato, à conta de um só dos cônjuges, que tinha vida em comum com outra mulher, o bem adquirido não se comunica ao outro cônjuge, ainda quando se trate de casamento sob o regime da comunhão universal. Precedentes do STJ: por todos, o Resp-140.694, DJ de 15.12.97. Recurso especial não conhecido. (STJ; Resp n. 67.678/RS, Rel. Min. NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 19.11.1999)

Esta Corte, do mesmo modo, já se manifestou sobre o assunto:

I) CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO DE FATO OCORRIDA NA VIGÊNCIA DO CC/1916. REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. CITAÇÃO DA RÉ POR EDITAL. REVELIA. LAPSO TEMPORAL COMPROVADO. DIVÓRCIO DECRETADO. PARTILHA DE BENS. IMÓVEL FINANCIADO EM 25 ANOS. PAGAMENTO DA MAIOR PARTE DA DÍVIDA PELO VARÃO APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO. SENTENÇA QUE RECONHECEU DIVISÃO PARITÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME DE BENS DO CASAMENTO FINDO PELA RUPTURA DA VIDA EM COMUM.

SENTENÇA REFORMADA. MEAÇÃO DA VIRAGO RESTRITA À 50% DAS PRESTAÇÕES QUITADAS ATÉ A SEPARAÇÃO DE FATO.

É entendimento pacífico na jurisprudência que a separação de fato do casal cessa os efeitos inerentes ao regime de bens.

O valor do financiamento de imóvel pago após a separação de fato, a expensas de um só cônjuge, não se comunica ao outro, ainda que o regime de bens escolhido para o casamento seja o da comunhão universal. (TJSC. AC n. 2006.036844-3, de Xanxerê, rel. Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN, Segunda Câmara de Direito Civil, julgado em 15.2.2007).

II) APELAÇÃO CÍVEL - INVENTÁRIO - CERCEAMENTO DE DEFESA - PRETENSÃO DO EX-CÔNJUGE DE HABILITAR-SE NO ESPÓLIO DE SUA SOGRA COMO MEEIRO - CASAMENTO COM A HERDEIRA SOB O REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS - SEPARAÇÃO DE FATO HÁ MUITO CONSUMADA - INCOMUNICABILIDADE DOS BENS RECONHECIDA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

[...] Constitui orientação jurisprudencial pacífica que a ruptura efetiva da vida em comum põe termo também, ao regime de bens do casamento. (TJSC. AC. n. 2002.013696-0, de Mafra, Rel^a. Des^a. SALETE SILVA SOMMARIVA, Primeira Câmara de Direito Civil, julgado em 17.8.2004).

Resta comprovado nos autos que as partes estão separadas judicialmente por sentença proferida no dia 19 de outubro de 1990, conforme a certidão de casamento à fl. 09.

Nos depoimentos das informantes e testemunhas (fls. 80/82), colhidos por meio audiovisual, todas disseram que o autor tinha um carro VW/Passat, mas não sabiam precisar o ano e se o autor ainda o possuía.

O próprio autor reconhece esse fato (fl. 88):

[...] Ora Excelência, além do imóvel residencial do casal, o único bem que também existia na época da separação era um veículo VW/Passat, ano 1981,

com mais de nove anos de uso na época da dissolução da sociedade. Este automóvel realmente ficou sob os cuidados do Requerente, devendo o mesmo ser partilhado na presente, fazendo-se a compensação em favor da Requerida eis que o mesmo já não existe mais. Contudo, é importante que se tenha consciência que se tratava de um veículo usado, com mais de nove anos de uso e, portanto com valor já bem depreciado[...].

Deve-se esclarecer que a togada *a quo* determinou a expedição de ofício ao DETRAN para que fossem informados os dados do veículo de propriedade do apelado (fl. 78). Em resposta, informou-se:

Informo Vossa Excelência que o Sr. J. R. da S. é proprietário de dois veículos, quais sejam: FORD/ESCORT L, Placa ABI-1360, RENAVAM 518202917 cadastro em Criciúma/SC, um veículo VW/GOL 1000I placa ICY-2472 RENAVAM 634084216 cadastro na cidade de Içara/SC. (fl. 94).

Cumprido esclarecer, antes de prosseguir, que na sentença foi determinada a partilha do automóvel VW/Passat, e não dos outros dois, ainda que a magistrada sentenciante, por mero lapso material, tenha indicado a fl. 94, cujo teor foi acima transcrito. E o equívoco material pode ser percebido pelas demais referências. Veja-se:

b) Um automóvel – devidamente comprovado nos depoimentos das testemunhas e no documento juntado aos autos (94). O autor admitiu a existência do automóvel quando da separação, hoje já vendido, possibilitando-se a compensação do seu valor. (fl. 98).

Com isso, ainda que o documento à fl. 94 não se refira ao VW/Passat, este é o único mencionado pelas informantes e testemunhas ouvidas, bem ainda foi o único cuja existência o apelado reconheceu. Não

há dúvidas, pois, que a sentença determinou a partilha tão somente desse mencionado veículo, o que, aliás, foi afirmado pela própria apelante em seu reclamo (fl. 102).

De outra feita, o que pretende a recorrente é a inclusão na partilha dos dois outros automóveis, vale dizer, aqueles indicados no ofício remetido pela 2ª CIRETRAN (fl. 94).

É bem verdade que deveriam ter sido as partes intimadas a respeito do teor do mencionado documento, até para que fossem fornecidas maiores informações, tais como o ano de aquisição, etc. Mas apesar de a sentença ter sido prolatada sem que tenha sido tomada essa providência, em contrarrazões o apelado trouxe documentos necessários a tanto, demonstrando o seguinte:

a) O veículo Ford/Escort, modelo 1984, placa ABI-1360, Renavam 518202917, de propriedade do autor, foi adquirido em 13/05/2004. (fl. 114)

b) O veículo VW/Gol 1.000I, modelo 1995, placa ICY-2472, Renavam 634084216, de propriedade do autor, foi adquirido em 11/09/2008. (fl. 115).

Este Relator, por cautela, confirmou o seu conteúdo no site do DETRAN/SC. E, a fim de evitar qualquer sorte de nulidade, determinou a intimação da recorrente a fim de que se manifestasse a respeito (fl. 186), mas não houve resposta (fl. 189).

Tomadas essas providências, vê-se que ficou demonstrado que ambos os veículos que a ré pretende incluir na partilha de bens foram adquiridos pelo autor em momento posterior a separação judicial, portanto, tais bens não devem compor partilha.

2.1.2. A litigância de má-fé (pleito em contrarrazões)

Em contrarrazões, pediu o apelado a condenação da apelante às

penas por litigância de má-fé ao argumento de que a adversa intentou auferir vantagem indevida em relação a bens que sabia não componentes do acervo partilhável.

Friso, por oportuno, que embora não se considere a contraminuta peça processual apta a devolver temáticas ao Tribunal, entendo possível tal requerimento em sede de contrarrazões.

De todo modo, sem maiores delongas, destaque-se, não se vislumbra a presença dos pressupostos constantes do art. 17 do Código de Processo Civil, a ensejar a má-fé da recorrente.

Isso porque, a despeito de se ter verificado não ser hipótese de partilha dos automóveis indicados no ofício do DETRAN à fl. 94, tem-se que seu teor pode ter provocado certas dúvidas, tanto que neste voto se fez necessário um esclarecimento a respeito.

Nessa toada, exsurge que não foram extrapolados os limites próprios da postulação, no que não se caracteriza o dolo processual necessário à condenação nas penas da má-fé.

3. A conclusão

Assim, quer pelo expressamente consignado neste voto, quer pelo que de seu teor decorre, suplantadas todas as questões ventiladas, deve o recurso ser conhecido e desprovido, assim como o pedido de condenação por litigância de má-fé delineado em contrarrazões.

É o voto.

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2014.015037-7, de Palhoça

Relator: Des. Ronei Danielli

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AMPLIAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS DO PAI. ALEGADO PROCESSO DE SÍNDROME DE ALIE-NAÇÃO PARENTAL PERPETRADO PELA MÃE DA MENOR, INCLUSIVE COM ACUSAÇÃO (INFUNDADA) DE ABUSO SEXUAL POR PARTE DO AGRAVANTE. RECORRIDA QUE JUSTIFICA SUA PREOCUPAÇÃO COM O EXERCÍCIO DO DIREITO DE VISITA DO GENITOR PELA SUA DEPENDÊNCIA DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA SUSPENDENDO O CONVÍVIO PATERNO-FILIAL ATÉ A CONCLUSÃO DO ESTUDO SOCIAL. INSURGÊNCIA DO PAI. NEGATIVA ACERCA DO USO ATUAL DE MACONHA. EXISTÊNCIA DE LAUDO PSICOLÓGICO A INDICAR O BOM RELACIONAMENTO DA CRIANÇA NÃO APENAS COM O PAI, MAS COM A FAMÍLIA PATERNA. LAÇOS DE AFETO A MERECEER MANUTENÇÃO. CONCRETIZAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA INFANTE. DIREITO DE VISITAÇÃO A SER EXERCIDO NA FORMA ORIGINALMENTE ACORDADA ENTRE AS PARTES, SOB A SUPERVISÃO DA AVÓ PATERNA. DETERMINAÇÃO, DE OFÍCIO, DE PRAZO MÁXIMO DE UM MÊS PARA A CONCLUSÃO DO ESTUDO PSICOSSOCIAL E DE TRATAMENTO PSICOLÓGICO IMEDIATO À CRIANÇA E A SEUS PAIS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2014.015037-7, da comarca de Palhoça (Vara da Família Órfãos, Sucessões Infância e Juventude), em que é agravante A. C. de B. e agravada G. M.:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, determinando, de ofício, prazo máximo para a conclusão do estudo psicossocial e o encaminhamento imediato da família a tratamento psicológico. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo relator e dele participaram o Exmo. Sr. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior e Exmo. Sr. Des. Gilberto Gomes de Oliveira.

Florianópolis, 27 de maio de 2014.

Ronei Danielli

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

A. C. de B. interpôs agravo de instrumento contra decisão proferida pelo MM. Juiz da Vara da Família Órfãos, Sucessões, Infância e Juventude da comarca de Palhoça que, na ação de alteração do direito de visita (alienação parental com pedido de tutela antecipada) por si proposta em face de G. M., suspendeu o seu direito de visitação à filha do ex-casal.

Para tanto, alegou estar sendo vítima, juntamente com sua filha menor, de apenas cinco anos de idade, de processo de alienação parental perpetrado pela genitora da infante e por seu atual companheiro. Esclarece que a presente demanda pretendia a ampliação do convívio paterno-filial, tendo a decisão vergastada sido proferida em sentido diametralmente oposto, em prejuízo aos interesses e prerrogativas da menor, porquanto desprovida de fundamentação de fato ou de direito apta a amparar a radicalidade da medida.

O relator originário denegou o efeito suspensivo almejado.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Vânio Martins de Faria, opinando pelo conhecimento e parcial provimento do recurso.

Esse é o relatório.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento em ação de alteração do direito de visitação do genitor à filha menor, no qual o recorrente pretende reverter a decisão interlocutória que suspendeu seu direito de visitar e ter a filha em sua companhia sob o argumento de indício de uso contínuo de substância entorpecente (maconha).

Inicialmente, requereu o benefício da gratuidade judiciária, argumentando não poder fazer frente aos custos do processo sem prejuízo da sua própria manutenção, o que se comprova a partir da documentação juntada (fls. 58 e 82/83).

No que diz respeito à concessão da referida *benesse*, dispõe a Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso LXXIV, que o Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. A Lei 1.060/1950, por seu turno, regulamenta esse direito ao assegurar o acesso à justiça àqueles que não dispuserem de recursos financeiros suficientes para litigar em juízo.

Essa é precisamente a hipótese dos autos, notadamente diante do recente desemprego do agravante.

Sendo assim, defere-se o benefício pleiteado.

O exame de mérito do presente caso demanda uma breve síntese dos fatos que o enredam.

Os pais da menina I. M. de B., após pouco tempo de convívio, se-

pararam-se, tendo sido acordada a guarda da infante à mãe e o respectivo direito de visita ao genitor, a ser exercido quinzenalmente, iniciando-se no sábado às 9:00, com término no domingo às 18:00 (fl. 53).

Apesar do referido acordo formulado nos processos ns. 045.10.0106993-0 e 045.10.009520-5, a animosidade entre o ex-par é flagrantemente demonstrada, seja pelos inúmeros boletins de ocorrência de ambas as partes, seja pelos recados trocados via agenda escolar da infante.

Argumenta o genitor que está sendo vítima, juntamente com a filha, da Síndrome de Alienação Parental perpetrada pela mãe, atualmente guardiã da infante. Esta, por sua vez, rebate as acusações, indicando conduta inadequada por parte do pai (tendo, inclusive, o acusado de abuso sexual contra a menor) e desinteresse no bem-estar da filha (materializado pelo constante atraso no pagamento da pensão alimentícia) ensejando, assim, uma perpétua batalha em torno do acesso do genitor à criança.

O cerne do conflito traduz-se, portanto, na impossibilidade prática enfrentada pelas partes de fazer cumprir a contento o acordo por elas mesmas celebrado. E o pior é que a criança vem sendo envolvida na disputa dos adultos, de forma ativa e impensada, representando perigo de sequelas irreversíveis em seu processo de desenvolvimento.

Se, por um lado, o genitor parece imaturo, consoante as assertivas da ex-parceira, por outro, transparece a atitude punitiva desta com relação às pendências alimentícias do pai à filha menor, traduzidas em empecilhos criados ao convívio entre os dois (pai e filha).

O pai, ressentindo-se dessa conduta, pretende assegurar-se de sua participação na vida da filha, buscando a ampliação do seu direito de visita como medida eficaz contra a suposta alienação parental da qual se diz vítima.

Sem embargo, está-se diante de hipótese de amor parental, o que, em tese, deveria ser um mote simplificador do conflito familiar.

Entretanto, em ambos os casos, percebe-se um amor possessivo, um zelo capaz de obscurecer os reais e mais fundamentais interesses da própria criança disputada.

O amor parental jamais pode servir de permissão para o aviltamento dos direitos do próprio filho, notadamente pela instalação de um processo de diminuição e menosprezo da figura do outro genitor, ou, ainda, na exigência de uma “tomada de lado” no processo.

Com efeito, a criança está sendo colocada no centro do conflito entre os adultos mais importantes da sua vida, em flagrante desrespeito aos seus mais caros direitos constitucionais, como a dignidade, o direito à convivência familiar e a absoluta priorização de seus interesses.

Resta claro que os adultos litigantes não nutrem sentimentos de respeito e consideração recíprocos, refletindo, tanto nas atitudes de um quanto de outro, o desgosto pela convivência necessária da filha com os novos parceiros da outra parte e, no caso da mãe, com o convívio de sua filha com o próprio pai.

Isso se demonstra dos inúmeros boletins de ocorrência registrados dando conta do impedimento do direito de visitação do pai ou mesmo do alegado abuso sexual da filha que, em função disso, submeteu-se a exame pericial de conjunção carnal (fl. 38).

Não tendo sido observado indício capaz de confirmar as alegações de abuso sexual da menor, sua genitora passou a alegar, como motivo relevante para a suspensão do direito de visitação, a dependência de substância entorpecente do pai.

É cediço que, em se tratando de guarda e de direito de visitação, a matéria deve ser enfocada a partir dos interesses prioritários dos filhos, sempre analisados sob o viés constitucional.

Assim é que a lei, na tentativa de coibir a instalação do processo de Síndrome de Alienação Parental, recomenda uma série de medidas que pode culminar com a própria reversão da guarda. Tudo no interesse da criança e nunca com intuito de punir o alienador ou premiar o alienado, mas tão somente na garantia da integridade mental do menor.

A Lei n. 12.318/2010 considera como alienação parental o ato de interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, ou quem os tenha sob a sua autoridade, que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com o outro genitor. Em seu rol exemplificativo, apresenta como situações de alienação:

Artigo 2º, Parágrafo único da Lei n. 12.318 de 26.08.2010: São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Ainda, segundo Maria Berenice Dias, a implantação de “falsas memórias” na criança é a forma mais eficaz de alienação parental, na medida em que

O filho é convencido da existência de determinados fatos levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o alienador distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias. (*Manual de Direito das Famílias*, 4. ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 409/410).

Percebe-se, então, alguns traços de práticas alienatórias no comportamento da mãe, especialmente no que pertine à resistência oposta ao estreitamento dos laços com o pai.

De outro lado, a falta elementos de convicção no atual estágio processual, impede a verificação acerca das reservas da genitora quanto à convivência com o pai. Não se pode ainda afirmar com razoável certeza se são de fato infundadas.

Por isso o caso remete a um imprescindível aprofundamento.

Feitas essas não tão breves, mas necessárias digressões, evidencia-se o parcial acerto da decisão atacada.

Explica-se.

Por mais que o pai afirme ser a filha vítima da Síndrome de Alienação Parental (e ele também, por consequência) e haja, de fato, indícios dessa prática, a sua conduta também deixa muito a desejar, faltando a este julgador a necessária segurança para prematuramente dar provimento integral ao seu recurso.

Isso porque o uso contínuo de maconha não apenas fora apontado pela genitora, como confirmado pelo próprio agravante, quando interrogado pela autoridade policial nos autos do Inquérito que averiguou o suposto abuso da filha (fl. 56).

Muito embora alegue não ser mais usuário da droga, a ampliação de seu direito de visita, ou seja, a busca de uma maior convivência com a filha pequena deve, sim, submeter-se a uma análise mais detida, por profissionais especializados. O exercício mesmo da visitação, na forma em que originalmente acordado entre as partes, depende de comprovação dos benefícios dele decorrentes à menor, porquanto o que se busca, antes de mais nada, é a concretização do princípio constitucional do *melhor interesse da criança*, sua proteção integral, o respeito absoluto de sua dignidade como ser humano ainda em processo de formação.

Sob esse enfoque, o caso deve ser analisado a partir dos princípios constitucionais do *melhor interesse da criança, da paternidade consciente e responsável e da dignidade da pessoa humana*, de modo a convergirem para o asseguramento da integridade física, mental e psicológica desta criança como responsabilidade não só dos genitores e parentes próximos, mas da própria sociedade e, em última instância do Estado, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal:

Por sua vez, o princípio do *melhor interesse da criança e do adolescente* deve ser considerado, a despeito de se localizar no ar.227, *caput* e seus parágrafos da Constituição, em sede do planejamento familiar de forma conjugada com os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana. Contudo tal princípio não serve apenas para informar e limitar o direito ao planejamento familiar, tendo alcance bem mais amplo. Não se trata de mera recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações mantidas entre as crianças com seus pais, parentes e a sociedade civil e o Estado. (GAMA, Guilherme Calmon. Princípios Constitucionais de Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2008, p.80)

A doutrina da proteção integral leva em conta que, por se tratar de ser humano ainda em processo de formação, deve a criança ser amparada, orientada, cuidada, guiada e preservada com absoluta prioridade, respeitando-se, ao máximo, sua especial dignidade e sua peculiar fase de desenvolvimento físico e emocional, sendo, portanto, elementar para esse processo, uma conduta compatível por parte de seus genitores.

Desse modo, atendendo aos interesses prioritários da menina, tem-se que a suspensão das visitas do pai é medida deveras drástica, que não preserva suas prerrogativas constitucionalmente assentadas, destacadamente o direito à convivência familiar e comunitária.

Até mesmo porque a infante demonstra ter grande carinho pela figura do genitor, assim como pela avó paterna, ficando triste quando passa muito tempo sem vê-los, segundo palavras de sua avó materna à psicóloga, em atendimento motivado pela investigação do aludido abuso (fls. 44/50).

Verifica-se, então, a necessidade de se construir solução intermediária, apta a evitar maiores sofrimentos à infante e ao mesmo tempo assegurar a manutenção dos laços de afeto entre ela e sua família paterna.

Nesses termos, dá-se parcial provimento ao agravo, a fim de se restabelecer a visitação, conforme acordado originalmente entre as partes (quinzenalmente, com início às 9:00 de sábado e término às 18:00 do domingo), devendo, no entanto, sofrer a supervisão da avó paterna, em cuja residência deverá ocorrer o pernoite da menina.

Em tempo, fixa-se o prazo máximo de um mês para a conclusão do laudo de estudo social determinado pelo magistrado singular à fl. 110, item 2, considerada a urgência e repercussão da hipótese em debate.

Por fim, diante dos contratemplos enfrentados pela menor ocasionados pela intensa guerra protagonizada por seus genitores, determina-se,

também de ofício, a bem da salvaguarda de sua integridade moral e espiritual, o encaminhamento da família (pais e filha) a tratamento psicológico, a teor do disposto no artigo 129, III do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, nos termos seguintes:

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais:

(...)

III- encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

(...)

Em situação semelhante, já se manifestou esta Corte no Agravo de Instrumento n. 2010.056643-7, de Brusque, relator Desembargador Nelson Schaefer Martins, Segunda Câmara de Direito Civil, julgado em 25.11.2010:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS E GUARDA PROVISÓRIA DE CRIANÇAS. DECISÃO AGRAVADA QUE ESTIPULOU QUE EM CASO DE DESCUMPRIMENTO, PELA MÃE ORA AGRAVANTE, DE ORDEM JUDICIAL, A IMPEDIR O DIREITO DE VISITA DO PAI A SEUS FILHOS, SERIA DETERMINADA A BUSCA E APREENSÃO DOS MENORES PARA QUE ESTES PERMANECESSEM SOB A GUARDA E RESPONSABILIDADE DO GENITOR. ANIMOSIDADE INTENSA ENTRE OS LITIGANTES. AGRAVANTE QUE ESTAVA A DIFICULTAR E IMPEDIR A VISITA DO AGRAVADO AOS SEUS FILHOS. *MEDIDA IMPUGNADA QUE TODAVIA VISA RESGUARDAR O DIREITO DE VISITAS DE MODO A POSSIBILITAR O FORTALECIMENTO DO VÍNCULO AFETIVO ENTRE PAI E FILHOS. PREVALÊNCIA DO BEM-ESTAR DOS INFANTES. CÓDIGO CIVIL DE 2002, ARTS. 1.589 E 1.632. INDÍCIOS DE QUE AS CRIANÇAS ESTEJAM A SOFRER OS EFEITOS DE SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. DETERMINAÇÃO,*

DE OFÍCIO NO SENTIDO DE QUE *QUE OS LITIGANTES, AGRAVANTE E AGRAVADO, SEJAM SUBMETIDOS A TRATAMENTO PSICOLÓGICO*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, ARTS. 4º E 129, INC. III. RECURSO DESPROVIDO. (sem grifo no original).

Em vista do exposto, dá-se parcial provimento ao agravo para restabelecer o direito de visita do genitor, submetendo-o ao acompanhamento e responsabilidade da avó paterna da criança, em cuja casa deverá pernoitar a criança, e, de ofício, determinar o prazo máximo de um mês para a conclusão do estudo social requerido pelo juízo, além do encaminhamento imediato da família (pais e filha) para tratamento psicológico.

Esse é o voto.

Agravo de Instrumento n. 2013.050566-5, da Capital

Relator: Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DENEGOU A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE SUPRIMENTO DE CONSENTIMENTO PARA VIAGEM DE INFANTE AO EXTERIOR, ACOMPANHADO DA GENITORA. NECESSIDADE DE MUDANÇA, EM CARÁTER DE URGÊNCIA, EM VIRTUDE DA ALTERAÇÃO DA CONDIÇÃO DA NOVA FAMÍLIA CONSTITUÍDA PELA GENITORA, QUE DEPENDE FINANCEIRAMENTE DO COMPANHEIRO. SUBSTRATO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA O MOTIVO DA ALTERAÇÃO DE DOMICÍLIO E A SITUAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DO GENITOR PARA NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO DE VIAGEM. PERIGO DE DANO. DECISÃO INICIAL QUE CONCEDEU EFEITO SUSPENSIVO ATIVO AO RECURSO, PARA SUPRIMIR O CONSENTIMENTO PATERNO. VIAGEM REALIZADA, VISANDO O MELHOR INTERESSE DO INFANTE. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2013.050566-5, da comarca da Capital (1ª Vara da Família), em que é agravante K. N. de A. H., e agravado N. M. T.:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso de agravo de instrumento interposto e dar-lhe provimento, confirmando a decisão que concedeu o efeito ativo ao recurso, para suprimir a ausência de autorização por parte do agravado para que o infante pudesse viajar ao Canadá com a mãe. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Ronci Danielli.

Florianópolis, 17 de junho de 2014.

Eduardo Mattos Gallo Júnior

RELATOR

RELATÓRIO

K. N. de A. H interpôs agravo de instrumento (fls. 02-14) em face da decisão exarada nos autos n. 023.12.066626-2 (fl. 19), da “Ação de autorização para viagem ao exterior de infante com suprimento paterno”, da primeira vara da família da comarca da Capital, a qual indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Em decisão da lavra do Exmo. Sr. Des. Domingos Paludo (fls. 23-26), houve o deferimento do pedido ativo almejado no recurso.

A parte agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo para oferecimento de contrarrazões, consoante se depreende da certidão a fls. 35.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Lenir Roslindo Piffer (fls. 38-41), a qual opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de ação proposta pela ora agravante, na qual pretende a mesma, em suprimento de autorização paterna, a autorização de viagem de seu filho ao Canadá, a fim de fixar residência.

Em sua inicial, sustenta a requerente que seu atual companheiro, estrangeiro e de quem depende financeiramente, recebera comunicado de seu empregador para retornar imediatamente ao seu país de origem – Canadá, sob pena de sofrer demissão.

Relata ainda que detem a guarda do infante A.M.H.T, filho em comum com o ora agravado, nascido em 2008, e que teve com o novo companheiro dois filhos mais novos - inclusive estava grávida do terceiro filho quando do ajuizamento da presente ação.

Aduz que o ora agravado é pessoa instável e que o filho A.M.H.T ficará bem adaptado no Canadá, pois sempre estudou em escola bilíngue, e que a mudança lhe possibilitará melhores condições de vida, educação e lazer.

Em razão da negativa do ora agravado em autorizar a mudança para o exterior, pugna pelo suprimento de sua autorização, tendo pleiteado ainda em sua exordial a antecipação dos efeitos da tutela.

Em decisão de lavra do digno Juiz de Direito de primeiro grau, Dr. Luiz Cláudio Broering, houve o indeferimento do pedido de antecipação de tutela, sob o fundamento de que existia risco de irreversibilidade na concessão da medida.

Irresignada, interpôs a ora agravante o presente recurso, no qual foi deferido o pedido de concessão de efeito ativo, para suprimir a ausência de autorização de viagem por parte do agravado, tanto para emissão do pedido de visto de entrada no Canadá, quanto a fim de possibilitar a própria viagem.

Pois bem.

No caso em comento, houve a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso, por meio da escorreita decisão da lavra do Exmo. Des. Domingos Paludo, eis que se constatou, *in casu*, a existência de verossimilhança da alegação e de perigo de dano.

Desta feita, conforme se pode constatar por meio de consulta ao SAJ – Sistema de Automação do Judiciário, houve a expedição de alvará pretendido e, ao que tudo indica, a viagem do infante com a genitora ao Canadá transcorreu sem maiores obstáculos.

Todavia, nesta esfera, cumpre ainda analisar o mérito do presente recurso, que consiste na concessão de autorização, em suprimimento de autorização paterna, para viagem de seu filho ao Canadá, EM CARÁTER DE URGÊNCIA, tendo em vista o risco de demora da concessão da medida, diante da separação imposta à nova família.

Em que pese o fato de que eventual revogação do efeito suspensivo concedido a fls. 23-26 implique em visível prejuízo às partes, especialmente ao infante, eis que o mesmo teria que, novamente, e ainda em caráter provisório, realizar viagem de longa distância e alterar sua residência, vislumbra-se que a confirmação da concessão da autorização, no caso, é medida que se impõe.

Isto porque, a agravante acostou aos autos documentação suficiente a demonstrar os motivos da viagem e da condição da nova família, que depende economicamente de seu atual companheiro.

Vislumbra-se dos documentos que constituem o instrumento, que a agravante após a separação consensual do agravado, sempre possuiu a guarda do infante, e que ao que tudo indica, o mesmo está inserido na nova família constituída pela genitora, irmãos e padrasto.

Por sua vez, não restam dúvidas de que a família possui dependência financeira do companheiro da agravante, tendo sido devidamente corroborada a imprescindibilidade de mudança de residência em razão da determinação de sua empresa empregadora para que laborasse no Canadá.

De outro viés, a agravante juntou aos autos documentos que demonstram certa instabilidade emocional do agravado, o qual teria até mesmo tentado o suicídio.

O agravado, por conseguinte, sequer se manifestou por meio de contrarrazões ao presente recurso de agravo de instrumento, permanecendo silente quanto ao deferimento da permissão de viagem do infante.

Ademais, importante consignar que tanto no recurso de agravo, quanto em primeiro grau de jurisdição, o agravado não trouxe elementos que justificassem a negativa de autorização para a alteração de residência do infante, já que este reside com a nova família constituída pela mãe, estando habituado à convivência com os irmãos.

Ressalta-se, ainda, que não há notícia neste momento processual quanto ao relacionamento do infante com o genitor.

Na mesma linha, concernente às razões do deferimento da medida em caráter de urgência, objeto do presente agravo de instrumento, cumpre transcrever trecho do parecer da lavra da douta Procuradora de Justiça, Dra. Lenir Roslindo Piffer:

No mais, registre-se a urgência do caso em apreço, uma vez que a genitora depende economicamente do companheiro estrangeiro, com o qual, possui uma filha menor de dois anos e um bebê recém-nascido, de modo que, inexistindo motivos que justifiquem a resistência do Agravado em autorizar à ida de A. ao Canadá, não há porque denegar a pretensão da Agravante.

Sendo assim, não há óbice, ao menos nesta fase procedimental, para conceder a autorização judicial a fim de que o infante possa viajar ao Canadá acompanhado da mãe, bem como para que seja emitido de pedido de visto de entrada no país estrangeiro.

Insta salientar, de outro lado, que, ainda em consulta ao SAJ, verifica-se que a ação de origem segue em seu curso normal, mediante a instrução do feito, na qual se vislumbra altamente recomendável a detida análise das atuais condições do infante.

Finalmente, registro que a medida aqui deferida não importa em irreversibilidade, mormente porque a ação em primeira instância merece ser devidamente instruída, sendo ouvidas as partes, bem como se faz pri-

mordial a realização de estudo social e avaliação psicológica do infante, a fim de averiguar a inserção deste no novo país, não sendo demais destacar que incumbe ao magistrado decidir pelo melhor interesse da criança.

Sob tais circunstâncias, vota-se no sentido de conhecer recurso interposto e, no mérito, dar-lhe provimento, confirmando a decisão que concedeu o efeito ativo ao recurso, para suprimir a ausência de autorização por parte do agravado para que o infante pudesse viajar ao Canadá com a mãe.

Este é o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

EMBARGOS INFRINGENTES

Embargos Infringentes n. 2014.016841-5, de Mafra

Relator: Des. Salim Schead dos Santos

EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS POR AMBAS AS PARTES. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE PROTESTO. CONTRATO DE CÂMBIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM 10% SOBRE O VALOR DA CAUSA. APELAÇÃO DA AUTORA. REQUERIMENTO DE ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS EM VALOR FIXO. DIVERSIDADE DE VOTOS. RELATORA PROPONDO O ARBITRAMENTO EM R\$ 120.000,00. REVISOR PROPONDO O ARBITRAMENTO EM R\$ 60.000,00. VOGAL PROPONDO A MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. PREVALÊNCIA DO VOTO DA RELATORA, CONFORME REGRA DO ARTIGO 137 DO REGIMENTO INTERNO. APELAÇÃO PROVIDA POR MAIORIA.

RECURSO DA AUTORA. PRETENZA PREVALÊNCIA DO VOTO DO REVISOR, QUE DAVA PROVIMENTO À APELAÇÃO. DESCABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. RECURSO DE DEVOLUTIVIDADE VINCULADA. PRETENSÃO RECURSAL LIMITADA À PREVALÊNCIA DO VOTO COINCIDENTE SENTENÇA. NÃO COHECIMENTO.

RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA RÉ. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. EQUIDIDADE (ART. 20, § 4º, DO CPC). POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE PERCENTUAL SOBRE O VALOR DA CAUSA OU ARBITRAMENTO DE MONTANTE FIXO. PRECEDENTES DO STJ. MONTANTE ARBITRADO PELO VOTO VENCEDOR. RAZOABILIDADE FRENTE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA. REMUNERAÇÃO ADEQUADA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2014.016841-5, da comarca de Mafra (1ª Vara Cível), em que são embargantes e embargados Banco Safra S/A e Cereagro S/A:

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, a) não conhecer dos embargos infringentes opostos pela Cereagro S/A; b) conhecer dos embargos infringentes opostos pelo Banco Safra S/A e negar-lhes provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Gaspar Rubick, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Lédio Rosa de Andrade, Jânio Machado, Soraya Nunes Lins, Paulo Roberto Camargo Costa, José Inácio Schaefer, Luiz Fernando Boller, Tulio Pinheiro, Ronaldo Moritz Martins da Silva, Robson Luz Varella, Janice Goulart Garcia Ubialli e Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 11 de junho de 2014.

Salim Schead dos Santos

RELATOR

RELATÓRIO

Na origem, Cereagro S/A ajuizou a ação declaratória de nulidade de protesto n. 041.09.001190-3 contra Banco Safra S/A, alegando que o contrato de câmbio firmado entre as partes foi protestado após intimação por edital sem que tivesse sido prévia e pessoalmente intimada (fls. 2 a 12).

Após regular processamento do feito, sobreveio sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais e condenou a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, esses fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, com base no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil (fls. 102 a 103-v).

Irresignada, a autora apelou, alegando, entre outras questões, o descabimento da fixação dos honorários por critério percentual, tendo em vista a inexistência de condenação, razão pela qual, no seu entendimento, os honorários deveriam ser arbitrados em valor fixo (fls. 111 a 124).

A Segunda Câmara de Direito Comercial, mediante acórdão da lavra da Desembargadora Rejane Andersen, decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, dar-lhe parcial provimento apenas para fixar os honorários advocatícios em R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), vencidos o Desembargador Guilherme Nunes Born, que negava provimento ao recurso e mantinha os honorários fixados pela sentença, e o Desembargador Dinart Francisco Machado, que dava provimento parcial ao recurso para fixar os honorários advocatícios em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Prevaleceu o montante proposto pela Relatora, de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), conforme o critério de desempate previsto no artigo 137 do Regimento Interno desta Corte (fls. 151 a 158).

A autora opôs embargos de declaração (fls. 161 a 162).

Ato contínuo, a instituição financeira opôs embargos infringentes, requerendo a prevalência do voto vencido proferido pelo Desembargador Guilherme Nunes Born. Sustentou que a lei estabelece o percentual mínimo de 10% sobre o valor da causa, mesmo nas hipóteses de arbitramento por equidade. Por fim, requereu que, caso se entenda impossível a estipulação de percentual, os honorários sejam fixados em valor aproximado a 10% sobre o valor atribuído ao feito (fls. 176 a 184).

Rejeitados os embargos de declaração, a instituição financeira ratificou os termos do recurso (fl. 194).

A autora, por sua vez, opôs embargos infringentes, pretendendo a prevalência do voto proferido pelo Desembargador Dinart Francisco Machado. Alegou que a ação versava apenas sobre a ilegalidade do protesto e não sobre a validade ou não do próprio negócio jurídico; assim,

o valor do negócio não deveria vincular o juízo de fixação da verba honorária, sendo mais adequada a fixação dos honorários em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) (fls. 196 a 202).

A Relatora, nos termos do artigo 531 do Código de Processo Civil, recebeu os embargos infringentes e determinou a sua redistribuição a um dos integrante do Grupo de Câmaras de Direito Comercial (fl. 205).

Os autos, então, vieram-me conclusos após sorteio (fl. 206).

É o relatório.

VOTO

1 – Recurso da autora

Nos termos da primeira parte do artigo 530 do Código de Processo Civil, no que interessa ao caso concreto, “cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito”. Assim, em última análise, os embargos infringentes constituem recurso a disposição da parte apelada, mediante o qual o embargante devolve a apreciação da matéria ao colegiado competente no intuito de que se faça prevalecer o voto vencido coincidente com a sentença que lhe era favorável.

No presente caso, os embargos infringentes opostos pela autora não merecem ser conhecidos porquanto pretendem fazer prevalecer o voto do Desembargador Dinart Francisco Machado que *dava parcial provimento* ao recurso de apelação *por ela* interposto.

Com efeito, o voto de Sua Excelência não se qualifica como o voto vencido que viabiliza a oposição dos embargos infringentes, pois, ainda que divergindo do valor superior proposto pela Relatora, aquele voto reformava a sentença; não a mantinha. O *voto vencido* que permite a infringência do acórdão mediante embargos é aquele que mantém a

sentença e, assim, provoca o *empate* de posicionamentos – um posicionamento adotado pelo Juiz e pelo Desembargador que mantinha a sentença, e outro, adotado pelos dois Desembargadores que a reformavam. Por essa mesma lógica do sistema recursal, os embargos infringentes são recurso a disposição *apenas* da parte apelada, que se vê prejudicada com a reforma da sentença que lhe era favorável mediante acórdão não unânime.

A esse respeito, cabe transcrever a lição de Cândido Rangel Dinamarco:

O critério da *dupla sucumbência*, adotado no novo art. 530 do Código de Processo Civil, significa que a parte vencida por um julgamento não-unânime em apelação ou ação rescisória não terá direito aos embargos infringentes se houver sido vencida duas vezes (no julgado posto em reexame perante o tribunal e também no próprio julgamento que o tribunal vier a proferir). Só se admite esse recurso se houver divergência de votos (como sempre foi, no passado) e se, além disso, o voto divergente for no mesmo sentido do julgado anterior. Se a divergência de votos tiver ocorrido no julgamento de uma apelação, os embargos infringentes serão cabíveis quando a maioria houver dado provimento a ela e o voto vencido, negado; não serão admissíveis na hipótese contrária, ou seja, quando a maioria houver negado provimento e só o voto divergente a houver provido. Na ação rescisória, os embargos infringentes são cabíveis quando a maioria a houver julgado procedente e a minoria, improcedente. Diz o novo art. 530 do Código de Processo Civil:

“cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória” (A Reforma da Reforma. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 197 e 198).

Em nota de rodapé, o doutrinador comenta:

Digamos que esse é um critério futebolístico, porque: a) os embargos infringentes não se admitirão se houver uma vitória por 3 x 1 (os dois vencedores e o prolator em primeiro grau, contra o voto vencido); b) eles serão admissíveis quando o resultado final for um empate por 2 x 2 (o juiz inferior e o voto vencido na apelação, contra os dois votos vencedores). O desempate é feito nessa prorrogação, que são tais embargos (A Reforma da Reforma. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 198).

O doutrinador ainda continua:

A síntese dessa nova disposição é, na prática, que: a) contra acórdão proferido em apelação, só o apelado poderá ter direito aos embargos infringentes e o apelante jamais, não-obstante a divergência de votos; b) contra acórdão proferido em ação rescisória, só o *réu* poderá ter esse direito e nunca o autor. Com a declarada intenção de reprimir a proliferação dos feitos nos tribunais, o legislador restringiu por esse modo a admissibilidade dos embargos infringentes, lastreado em um critério de *probabilidade*: se a maioria votante se pôs ao lado do juiz que proferira a sentença apelada ou do juiz ou juízes responsáveis pela sentença ou acórdão sujeito à ação rescisória, isso significa que por duas vezes o Poder Judiciário decidiu no mesmo sentido, sendo menos provável que todos eles hajam errado. A probabilidade de erro pode ser maior, quando a maioria divergir do prolator ou prolatores da sentença ou acórdão posto em apreciação em sede de apelação ou de ação rescisória (A Reforma da Reforma. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 198).

Portanto, para que haja o empate técnico que viabilize a oposição dos embargos infringentes é necessário que a solução encaminhada pelo voto vencido se identifique com o resultado entregue pela sentença. Cabe anotar que esse é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se percebe no seguinte precedente, que é bastante esclarecedor:

A antiga redação do art. 530 do CPC autorizava a interposição dos embargos infringentes contra todo e qualquer julgamento não-unânime de apelação cível. 2. De modo a acabar com a tábula rasa até então reinante, estabelecer uma maior racionalidade e, assim, contribuir com a celeridade processual, a Lei n. 10.352/2001 reduziu sensivelmente o espectro de abrangência do recurso de embargos infringentes no âmbito do processo civil, estabelecendo parâmetros mais rígidos para a sua admissão. 3. Seguindo a *ratio essendi* da reforma legislativa, os embargos infringentes agora não se prestam mais para questionar todo julgamento colegiado não-unânime que reforma uma sentença de mérito. É preciso que a dissidência seja qualificada, dela despontando uma objetiva plausibilidade jurídica na tese encampada pelo voto vencido. Portanto, a admissão dos embargos infringentes reclama não só voto vencido e reforma da sentença. Exige, também, que a voz vencida seja pela manutenção da sentença. Não há necessidade de ser a manifestação minoritária, evidentemente, idêntica à sentença. Basta que confirme seu resultado, mediante os mesmos ou diversos fundamentos. 4. Nesse quadro, aplica-se o critério da dupla sucumbência, que impede aquele derrotado nas duas instâncias de valer-se do reclamo regrado no art. 530 do CPC. Por consequência, os embargos infringentes jamais serão instrumento jurídico recursal hábil a resguardar os interesses do apelante, mas apenas e sempre os do apelado. Isso porque, a reforma de sentença obtida à ocasião do julgamento do recurso de apelação jamais poderá vir a prejudicar o próprio autor do recurso, o apelante, até porque vigora em nosso sistema processual o princípio da proibição à reforma para piorar a situação do recorrente (EDcl no REsp n. 1087717/SP, rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, rel. p/ acórdão Ministro Marco Buzzi, DJe de 10-10-2012).

O Grupo de Câmaras de Direito Público desta Corte adota o mesmo entendimento, valendo citar:

“A ‘mens legis’ extraída do artigo 530 do CPC, objeto da reforma processual, é no intento de que os embargos infringentes só se fundamentam quando a solução encontrada na sentença apelada se identifica com o voto divergente

lançado por um dos componentes do juízo ‘ad quem’, porque daí dimana uma igualação de pronunciamentos a justificar a interposição daquele recurso” (Embargos Infringentes n. 2003.022454-8, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato). Daí porque, no caso dos autos, não há como conhecer-se dos embargos infringentes opostos pelo réu. II. Devem prevalecer, *in casu*, os percipientes fundamentos do voto relatorial proferido na Câmara de origem, que afastou a pena de suspensão dos direitos políticos, com endosso na razoabilidade e na proporcionalidade entre a sanção e a conduta praticada. (Embargos Infringentes n. 2011.073634-3, de Tubarão, rel. Des. João Henrique Blasi, j. em 11-7-2012).

Este Grupo de Câmaras de Direito Comercial também adota esse posicionamento:

“Aos embargos infringentes não basta o dissenso em acórdão que examina o mérito. É preciso que o voto minoritário, na parte que diverge, some com a decisão de primeiro grau” (TJRGS, Agravo n. 70004553897, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Irineu Mariani, j. em 13/12/2002). RECURSO NÃO CONHECIDO (Embargos Infringentes n. 2011.084245-7, de Xanxerê, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 8-2-2012).

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial desta Corte firmou posicionamento no sentido de que os embargos infringentes somente são cabíveis se revelarem o empate técnico entre as posições deliberadas no processo, ou seja, o voto dissidente tem que somar ao dispositivo da sentença impugnada para gerar contraposição aos votos majoritários (Embargos Infringentes n. 2011.089133-3, de Jaraguá do Sul, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 11-04-2012).

Dessa forma, não há como conhecer do recurso interposto pela parte autora.

2 – Recurso da instituição financeira

2.1 – O recurso é tempestivo, porquanto a decisão proferida em sede de embargos de declaração foi publicada em 10-2-2014 (fl. 193), dando início ao prazo recursal em 11-2-2014, findo em 25-2-2014. O embargante ratificou a oposição dos embargos infringentes (fls. 176 a 184) em 13-2-2014 (fl. 194) e houve preparo regular (fls. 185 e 186). Os demais requisitos de admissibilidade estão presentes, razão pela qual dele conheço.

2.2 – Inicialmente, cabe mencionar que o Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento no sentido de que “os embargos infringentes são admissíveis contra acórdão que, por maioria, reforma a sentença de mérito apenas em relação à matéria acessória, concernente aos honorários advocatícios” (AgRg no AREsp n. 196221/PE, rel. Ministro Humberto Martins, DJe de 18-9-2012).

Com efeito, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já analisou a matéria em sede de recurso especial submetido ao rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, cuja ementa recebeu a seguinte redação:

O art. 530 do CPC condiciona o cabimento dos embargos infringentes a que exista sentença de mérito reformada por acórdão não unânime, e não que o objeto da divergência seja o próprio mérito tratado na sentença reformada. 2. Se o dispositivo não restringiu o cabimento do recurso apenas à questão de fundo ou à matéria central da lide, não pode o aplicador do direito interpretar a norma a ponto de criar uma restrição nela não prevista. Precedentes. 3. Ademais, o arbitramento dos honorários não é questão meramente processual, porque tem reflexos imediatos no direito substantivo da parte e de seu advogado. Doutrina de CHIOVENDA. 4. Os honorários advocatícios, não obstante disciplinados pelo direito processual, decorrem de pedido expresso, ou implícito, de uma parte contra o seu oponente no processo e, portanto, formam um capítulo de mérito da sentença, embora acessório e dependente.

5. No direito brasileiro, os honorários de qualquer espécie, inclusive os de sucumbência, pertencem ao advogado. O contrato, a decisão e a sentença que os estabelecem são títulos executivos. Nesse sentido, a Corte Especial do STJ fez editar a Súmula 306, com o seguinte enunciado: “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”. Portanto, os honorários constituem direito autônomo do causídico, que inclusive poderá executá-los nos próprios autos ou em ação distinta. 6. O capítulo da sentença que trata dos honorários, ao disciplinar uma relação autônoma, titularizada pelo causídico, é de mérito, embora dependente e acessório, de modo que poderá ser discutido por meio de embargos infringentes se a sentença vier a ser reformada, por maioria de votos, no julgamento da apelação. 7. Assim, seja porque o art. 530 do CPC não faz restrição quanto à natureza da matéria objeto dos embargos infringentes - apenas exige que a sentença de mérito tenha sido reformada em grau de apelação por maioria de votos -, seja porque o capítulo da sentença que trata dos honorários é de mérito, embora acessório e dependente, devem ser admitidos os embargos infringentes para discutir verba de sucumbência (REsp n. 1.113.175/DF, rel. Ministro Castro Meira, DJe de 7-8-2012).

Não há dúvida, portanto, de que é possível discutir a questão relativa aos honorários advocatícios em sede de embargos infringentes.

2.3 – Ainda antes de abordar o mérito do recurso, deve-se destacar que, nos termos da parte final do artigo 530 do Código de Processo Civil, “os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”. Por isso, no julgamento do recurso, não se pode extrapolar os limites da divergência estabelecida entre os votos conflitantes proferidos por ocasião do julgamento da apelação ou da ação rescisória. Acerca do assunto, José Carlos Barbosa Moreira esclarece:

“Como o recurso não é cabível fora dos lindes da divergência ocorrida, segue-se que a extensão máxima da devolução se apura pela diferença entre o decidido no acórdão e a solução que preconizava o voto vencido” (Comentários

ao Código de Processo Civil. vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 528).

De fato, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o que traça os limites cognitivos dos embargos infringentes, nos termos do art. 530 do Código de Processo Civil, é a divergência estabelecida pelo voto vencido. Por isso as razões dos embargos devem limitar-se à divergência, visando à prevalência desta (REsp n. 981532/RJ, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 29-8-2012).

Não obstante, é importante perceber que o limite da devolutividade dos embargos se encerra nas conclusões dos votos divergentes e não em seus fundamentos. Dessa forma, ao julgar os embargos infringentes, seja para dar-lhes ou negar-lhes provimento, o órgão competente pode adotar fundamentos diversos daqueles adotados nos votos conflitantes.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, comentado o mesmo assunto, colacionam o seguinte precedente:

O julgamento dos embargos infringentes não se bitola pelas razões do voto vencido, mas limita-se à extensão dele, podendo-se alterar a motivação, mas o resultado deve ser idêntico, sob pena de ofensa ao CPC 530 *in fine* (1.º TA-CivSP, Ag 575072-7, rel. Min. Sena Rebouças, j. 8.6.1994 - RJE 18/8) (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 903).

Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha também comentam:

Para que caibam embargos infringentes, deve haver divergência no julgamento da apelação ou da ação rescisória. Tal divergência é apurada pelas *conclusões* dos votos, e não por suas fundamentações. Não importa o fundamento utilizado para se chegar a cada uma das conclusões; o que é relevante, para a

interposição dos embargos infringentes, é a conclusão de cada voto.

Com efeito, “ao apreciar os embargos infringentes o órgão julgador não fica adstrito à motivação do voto ensejador do recurso” (RSTJ 46/343). Em outras palavras, “a amplitude dos embargos prende-se à conclusão do voto vencido, não a seus fundamentos” (RSTJ 106/241).

Significa que se afigura possível a utilização de razões diversas daquelas expostas no voto vencido, no julgamento dos embargos infringentes.

Em suma, não fica o órgão julgador, ao julgar os embargos infringentes, adstrito a adotar os mesmos fundamentos enfrentados pelo voto vencido. Na verdade, o órgão julgador, ao apreciar os embargos infringentes, fica adstrito, apenas, às conclusões do voto vencido, independentemente de qual tenha sido o fundamento utilizado. Isso decorre da profundidade do efeito devolutivo dos embargos infringentes, que permite o rejuízo da causa (limitado àquilo que foi impugnado), o que implica reexaminar todos os fundamentos, e não apenas o exame das razões do voto vencido (Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 240).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também orienta no sentido de que, “malgrado os embargos infringentes tenham extensão limitada ao voto vencido, no que pertine à profundidade, a cognição é ampla” (REsp n. 304629/SP, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 16-3-2009).

Vale transcrever os seguintes precedentes no mesmo sentido:

A amplitude dos embargos infringentes diz respeito à conclusão do julgamento, e não aos fundamentos dos votos dissidentes. Destarte, na apreciação do recurso, é possível a invocação de motivos distintos, seja para acolher ou rejeitar a conclusão dos votos majoritários ou minoritários (AgRg no Ag n. 819402/DF, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 28-5-2007, p. 395).

Os Embargos Infringentes se limitam a discussão da conclusão dos votos

divergentes, não estando, todavia, o magistrado, a seu critério, em sua fundamentação, restrito ao decidido. A liberdade de fundamentação do magistrado de não se limitar às razões invocadas, encerra uma faculdade e não um dever capaz de gerar a nulidade da decisão. Ademais, guardada a limitação objetiva que se impõem a extensão do voto vencido, aplicam-se aos embargos infringentes as mesmas regras da apelação quanto ao efeito devolutivo e suspensivo, *dentro, sempre, do âmbito da divergência* (REsp n. 518568/MG, rel. Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 3-4-2006, p. 347).

Em embargos infringentes (CPC, art. 530): (a) o desacordo entre votos vencedores e vencido(s) é estabelecido pela conclusão dos votos e não pelos seus fundamentos (que até podem ser diferentes em cada voto); (b) nos limites dessa divergência, o órgão julgador pode acolher uma das conclusões ou pode adotar solução intermediária; em qualquer caso (c) o tribunal não fica vinculado aos fundamentos do acórdão recorrido — seja dos votos vencedores, seja do(s) vencido(s) — podendo, se for o caso, adotar fundamentos novos. Precedentes (REsp n. 1198829/MS, rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe de 25-11-2010).

Em suma, “o órgão julgador não fica adstrito aos fundamentos dos votos majoritário e minoritário, podendo valer-se de razões diversas, desde que respeite os limites das suas conclusões” (REsp n. 466632/MS, rel. Ministro Vasco Della Giustina, Desembargador convocado do TJRS, DJe de 9-11-2009).

2.4 – Neste caso, a divergência se estabeleceu entre o voto vencedor que reformou a sentença para fixar os honorários advocatícios em R\$ 120.000,00 e o voto vencido que mantinha a sentença que os fixou em 10% sobre o valor da ação.

O acórdão consignou o seguinte:

O apelante pretende o restabelecimento dos honorários advocatícios com fundamento no § 4º do art. 20 do CPC e a conseqüente minoração dessa

verba, que foi fixada na sentença ao importe de 10% sobre o valor da causa.

A pretensão merece ser acolhida.

É cediço que, nos casos de improcedência dos pedidos iniciais, se deve observar para a fixação dos honorários sucumbenciais o art. 20, §4º, do Código de Processo Civil:

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.

Dessa forma, para a fixação da remuneração do causídico deve-se considerar os critérios dispostos nas alíneas do art. 20, §3º do Código de Processo Civil, referentes ao grau de zelo do profissional; ao lugar da prestação do serviço; à natureza e importância da causa; ao trabalho realizado pelo advogado e ao tempo exigido para realização de seu serviço.

Observa-se que a lei não elenca o valor da causa como parâmetro ou referência para a estipulação dessa remuneração. Por isso, sobressai a necessidade do afastamento do montante arbitrado na sentença, porquanto estipulado em desobediência ao disposto no art. 20, § 4º, do CPC, e impõe-se o seu arbitramento em montante fixo.

Assim, considerando a complexidade da causa, a resolução do feito sem grande dilação probatória, bem como o valor do débito discutido, e o parâmetro hodiernamente adotado por esta Câmara em casos semelhantes, dá-se provimento ao reclamo nesse particular para afastar a verba honorária estabelecida na sentença e fixá-la no valor de R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais), com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC

Por todo o exposto, conhece-se do recurso e dá-se lhe parcial provimento para afastar a condenação por litigância de má-fé e fixar os honorários advocatícios em R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais).

Vencido o Exmo Desembargador Guilherme Nunes Born que votou no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo a fixação de honorários da sentença em 10% sobre o valor da causa.

Vencido o Exmo. Desembargador Dinart Francisco Machado que votou no

sentido de minorar os honorários advocatícios para R\$60.000,00 (sessenta mil reais).

Prevaleceu o voto da Relatora segundo os critérios de desempate estabelecidos no artigo 137 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (fls. 157 e 158).

Como se vê, considerada a improcedência do pedido inicial e, assim, a ausência de condenação, a fixação dos honorários advocatícios se dá com base no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

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.

A esse respeito, cabe anotar que

a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.155.125/MG, de relatoria do Ministro Castro Meira, na sistemática do art. 543-C, do CPC, reafirmou a orientação de que, nas causas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade (AgRg no AREsp n. 360273/PA, rel. Ministro Herman Benjamin, DJe de 23-10-2013).

No mesmo sentido:

Na forma da jurisprudência do STJ, “para para a fixação do *quantum* dos honorários advocatícios, utilizando-se do juízo de equidade, o magistrado deve

levar em consideração o caso concreto em face das circunstâncias previstas no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, podendo adotar como base de cálculo o valor da causa, o valor da condenação ou mesmo arbitrar valor fixo.” (STJ, AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1060222/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe de 4/09/2009) (AgRg no REsp n. 1241379/SP, rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe de 18-6-2013).

Dessa forma, nos termos da orientação do Superior Tribunal de Justiça, o ordenamento permite adotar tanto o critério utilizado pelo voto vencido – percentual de 10% sobre o valor atualizado da causa – quanto pelo voto vencedor – valor fixo, de R\$ 120.000,00.

Apenas para fins de comparação, cabe dizer que o valor atribuído à causa em 7-4-2009, no montante de R\$ 1.570.217,69 (fl. 12), atualizado até o último dia 3-6-2014, com base nos dados fornecidos pela Corregedoria-Geral da Justiça, alcança o montante de R\$ 2.110.733,50. Assim, 10% desse valor resultam em R\$ 211.073,35.

Diante disso, considerado o tempo de duração da causa, a desnecessidade de deslocamentos na Comarca de origem para a realização da defesa, a existência de escritório na Capital, bem como a natureza e a baixa complexidade da causa no âmbito jurídico, deve-se manter o valor arbitrado pelo voto vencedor, de R\$ 120.000,00, valor que remunera adequadamente o tempo e o trabalho despendido pelo patrono da instituição financeira.

3 – Ante o exposto, a) não se deve conhecer dos embargos infringentes opostos pela Cereagro S/A; b) deve-se conhecer dos embargos infringentes opostos pelo Banco Safra S/A e negar-lhes provimento.

É o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2011.099152-3, de Presidente Getúlio

Relatora: Des. Subst. Janice Goulart Garcia Ubiali

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATUAL INICIAL SEM IDENTIFICAÇÃO DO INSTRUMENTO A SER REVISADO E DESACOMPANHADA DA JUNTADA DE QUALQUER INSTRUMENTO CONTRATUAL. CONTESTAÇÃO QUE REVELA RELAÇÃO NEGOCIAL CONTINUADA ENTRE AS PARTES E APRESENTA MAIS DE UM INSTRUMENTO, DENTRE ELES UMA CÉDULA DE PRODUTO RURAL. CAUSA DE PEDIR EM QUE SE VERIFICAM RAZÕES DE DIREITO COMERCIAL E CIVIL. TEORIA DA ASSERTÇÃO. ABRANDAMENTO. COMPETÊNCIA QUE NO CASO CONCRETO PODE SER DAS CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL.

Segundo a teoria da asserção (*prospettazione*, do direito italiano), o exame das condições da ação e dos pressupostos processuais (dentre os quais a competência do juízo) se faz sobre a narrativa do autor em petição inicial. No entanto, se a petição inicial, ainda que não identifique o instrumento contratual a ser revisado e venha desacompanhada do instrumento contratual, traga em seu bojo causa de pedir em que se verificam razões tanto de direito comercial, como de direito civil, e isso, a *posteriori*, é confirmado pelo réu em contestação, a competência para julgar o recurso originário da demanda pode ser das Câmaras de Direito Comercial.

RELAÇÃO NEGOCIAL CONTINUADA. NEGÓCIO HAVIDO ENTRE AS PARTES NO ÂMBITO DAQUELA RELAÇÃO MAIOR. NÃO IDENTIFICAÇÃO DA RELAÇÃO CONTRATUAL A SER REVISADA DIANTE DA PLURALIDADE DE NEGOCIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO.

Se não existe contrato que regule um determinado negócio alegadamente firmado entre as partes, inviável a revisão de cláusulas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.099152-3, da comarca de Presidente Getúlio (Vara Única), em que é apelante Antonio Watraz, e apelada Universal Leaf Tabacos Ltda.:

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado em 20 de março de 2014, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Rodrigo Cunha.

Florianópolis, 31 de março de 2014.

Janice Goulart Garcia Ubialli

RELATORA

RELATÓRIO

Antônio Watraz interpôs apelação cível da sentença que julgou improcedente a “ação revisional de cláusulas para o equilíbrio contratual c/c inexigibilidade de débito, exibição de documentos e repetição do indébito” deflagrada em face de Universal Leaf Tabacos Ltda.

A apelante, em suas razões recursais, alegou a impossibilidade de cobrança de juros capitalizados e de comissão de permanência cumulada com outros encargos remuneratórios ou moratórios. Disse, também, não haver previsão contratual acerca da taxa dos juros de mora e do índice de correção monetária aplicável, motivo por que aqueles devem ser calculados à taxa de 1% ao mês, e esta apurada pela incidência do INPC.

Disse não ter a apelada apresentado planilha demonstrativa dos cálculos de apuração do crédito reclamado. Afirmou que este crédito sequer existe e que “foi levado em erro ao assinar” a Cédula de Produto Rural.

Por fim, sustentou ser necessária a intimação da apelada para que comprove “a destinação daquela quantia. a conta a qual aquela quantia foi transferida, a data e o real valor transferido”, e requereu o provimento do apelo.

O apelo foi recebido no duplo efeito (fl. 136).

Com contrarrazões (fls. 140-146), subiram os autos a este Tribunal.

VOTO

Cuida-se de apelação cível interposta por Antonio Watraz da sentença que julgou improcedente a ação revisional de contrato deflagrada por ele em face de Universal Leaf Tabacos Ltda.

O apelo foi, inicialmente, distribuído a este Órgão Julgador, sob a relatoria do Exmo. Des. Ricardo Fontes, que, por decisão monocrática, determinou a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Civil (fls. 150-153).

Por sorteio, os autos foram distribuídos à Quinta Câmara de Direito Civil. Decisão monocrática do Exmo. Des. Jairo Fernandes Gonçalves declarou a incompetência *ratione materiae* daquele órgão e determinou “a redistribuição do feito a uma das Câmaras de Direito Comercial”. Retornaram os autos a esta Primeira Câmara.

A rigor, ao declarar-se incompetente para o enfrentamento deste recurso, cabia ao relator a quem foi distribuído o processo, integrante da Colenda Quinta Câmara de Direito Civil suscitar conflito de competência e não determinar a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Comercial, afinal, caracterizada estava a divergência entre órgãos julgadores.

Entretanto, duas particularidades devem ser destacadas. A primeira delas é a de que o caso em exame, por suas características, situa-se em uma zona, diga-se, nebulosa, em que se verificam razões tanto de direito comercial, quanto de direito puramente civil. A inicial se refere a um “empréstimo” (um mútuo feneratício, disse o Des. Ricardo Fontes na decisão de fls. 150-153), sem nenhuma alusão à existência de Cédula de Produto Rural. A mesma inicial, no entanto, descreve relação negocial existente entre as partes como daquelas que, ordinariamente, fundamenta a emissão de Cédula de Produto Rural (fornecimento de insumos para a produção de fumo). Tanto é que, em contestação, a apelada confirma a existência de negócio dessa moralidade e, não bastasse, junta aos autos uma Cédula de Produto Rural firmada com o apelante.

O que se apresenta, então, é uma inicial que descreve uma relação civil e uma contestação cujo teor é de relação comercial.

Aplicada com rigor a teoria da asserção (*prospettazione*, do direito italiano) – segundo a qual o exame das condições da ação e dos pressupostos processuais (dentre os quais a competência do juízo) se faz sobre a narrativa do autor em petição inicial – chegar-se-ia à conclusão de que a relação entre as partes é de natureza puramente civil, já que não indicada existência de algum título cambiário. Competente, portanto, para julgamento do recurso, seria uma das Câmaras de Direito Civil.

Mas, sob outra ótica, aquela mesma petição inicial descreve, como dito acima, relação negocial que tipicamente origina Cédula de Produto Rural, fato que foi depois confirmado pela apelada, em contestação. Diante disso, abrandado o rigor na aplicação da teoria da asserção, a relação entre as partes será considerada comercial. A competência, destarte, seria de uma das Câmaras de Direito Comercial.

A segunda particularidade no enfrentamento do caso, consiste em que, recentemente, o Órgão Especial desta Corte fixou a competência

das Câmaras de Direito Comercial para o enfrentamento de recurso originário de demanda lastreada em Cédula de Produto Rural. Assim decidiu o Órgão Especial:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CÂMARA CÍVEL E CÂMARA COMERCIAL. FEITO LASTREADO EM CÉDULA DE PRODUTO RURAL. SUJEIÇÃO AOS INSTITUTOS DO DIREITO CAMBIÁRIO. PREVISÃO LEGAL EXPRESSA. LEI 8.929/94, ART. 10. INCUMBÊNCIA DA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL. CONFLITO ACOLHIDO. (Conflito de Competência n. 2013.045754-6, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, Órgão Especial, j. em 20-11-2013).

Frente a essas particularidades do caso, em prestígio à efetividade e economia processual, e porque disso não resultará prejuízo às partes, entende-se não haver razão para que se devolva o recurso à Quinta Câmara de Direito Civil. Acolhe-se, por isso, a declinação de competência e passa-se ao imediato enfrentamento do recurso.

Em sua petição inicial, o ora apelante, em síntese, disse ter recebido em agosto de 2004 um “empréstimo” concedido pela ré no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) “para a construção de uma estufa de fumo”. O contrato firmado na ocasião “previa a produção de fumo com venda exclusiva à Requerida”, que, “no primeiro ano, forneceu insumos para a produção de fumo do Autor”. O pagamento daquele “empréstimo”, disse, “seria efetuado com a entrega de parte do fumo a ser produzido pelo Autor”. Afirmou, então, ter quitado a dívida “dentro do período de dois anos, em 2005 e 2006”, mas foi surpreendido quando, em abril de 2009, recebeu notificação acerca da existência de um débito no valor de R\$ 36.755,72 (trinta e seis mil setecentos e cinquenta e cinco reais e setenta e dois centavos). No mais, pediu a revisão de cláusulas contratuais e a declaração de inexistência de débito.

Pois bem.

Os elementos de convicção não dão suporte à pretensão do recorrente. Não há nos autos documento de que se possa inferir a existência do alegado “empréstimo” de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), que, segundo o apelante, foi feito no mês de agosto do ano de 2004. Aliás, nessa mesma senda, não há a mínima evidência que leve à conclusão de que aquele crédito de R\$ 36.755,72 (trinta e seis mil setecentos e cinquenta e cinco reais e setenta e dois centavos) (fl. 10), contra o qual se insurge o apelante, seja originário do tal “empréstimo”.

Têm-se, não se negue, registros que dão conta da existência de negócios jurídicos pactuados entre as partes, mas isso não autoriza o acolhimento do pleito recursal.

Conforme esclarece a contestação e os documentos que a acompanham, a relação comercial havida entre as partes é daquelas em que uma empresa fumageira fornece insumos a um produtor e recebe em troca a totalidade do fumo em folha por este produzido. Relação, assim, foi mantida entre as partes, conforme se vê no “pedido de material agrícola” (fl. 46), do “contrato de promessa de compra e venda de fumo em folha com penhor mercantil e de prestação de serviço” (fls. 47-48), ambos firmados em 14 de abril de 2005 e, também, da Cédula de Produto Rural, em 10 de julho de 2008 (fls. 39-40). As fotocópias de notas fiscais de fls. 11, 13 e 15 – emitidas, respectivamente, em 7-3-2005, 14-1-2005 e 4-4-2005 – dão conta da existência de negócios jurídicos firmados entre as partes mesmo antes daquele 14 de abril de 2005. No entanto, de nenhum desses documentos se pode tirar as conclusões pretendidas pela recorrente, quais sejam: que o crédito de R\$ 36.755,72 reclamado pela recorrida é originário de um “empréstimo” no montante de R\$ 15.000,00; que na composição daquele crédito foram computados juros acima do limite legal e de forma capitalizada; e que tal crédito, em verdade, já se encontra quitado. Como

dito acima, se não se tem registro da existência do alegado “empréstimo”, essas conclusões da recorrente ficam prejudicadas.

O negócio jurídico que o recorrente pretende revisar não é o substanciado na Cédula de Produto Rural firmada em 2008 (fls. 39-40). Esta, como se disse acima, não foi nem mesmo mencionada na petição inicial, não compôs a causa de pedir e, por consequência, não foi objeto de nenhum dos pedidos. O que o apelante pediu foi tão somente a revisão das cláusulas de um suposto contrato firmado no ano de 2004 e que resultou no “empréstimo” de R\$ 15.000,00, negócio a respeito do qual não há documento nos autos, de maneira que não é possível revisar suas cláusulas e declará-lo quitado.

Além disso, merece referência aquela fundamentação lançada pelo Magistrado de primeiro grau. Como bem inferiu o Juiz da narrativa das partes e dos documentos juntados aos autos, a relação comercial entre elas mantida é a do tipo continuada, que se estende no tempo, renova-se periodicamente. Não houve, portanto, um único e específico “empréstimo” que possa ser objeto de revisão de cláusulas.

Por tudo isso, não merecem acolhida os pedidos recursais de revisão das cláusulas de juros, de comissão de permanência e de correção monetária.

A afirmação do recorrente de que “foi levado em erro ao assinar” a Cédula de Crédito Rural não pode ser enfrentada, pois não integrou a causa de pedir descrita em petição inicial. Apenas por ocasião de sua impugnação à contestação, é que o apelante a alegou (fl. 112). Não por outro motivo, o Juiz de primeiro grau a ela sequer aduziu em sentença.

Tampouco tem razão o recorrente quanto ao argumento de que era ônus da apelada apresentar planilha demonstrativa dos cálculos de apuração do crédito reclamado. Em primeiro lugar porque não se trata de processo de execução (art. 614, inciso II, do CPC); em segundo, porque

o presente caso é regido pela regras ordinárias de distribuição do ônus da prova (art. 333, I, do CPC), de sorte que sobre o recorrente recaía o ônus de produzir prova dos fatos constitutivos de seu alegado direito. A legislação consumerista não se aplica ao caso e, por isso, a inversão do ônus da prova não era possível. O recorrente não é consumidor, já que na relação sob exame não adquire produtos, nem se utiliza de serviços como destinatário final.

Com esteio nesses mesmos fundamentos – supressão de instância e prevalência das regras ordinárias de distribuição do ônus probatório –, não merece acolhida, também, o pedido de intimação da apelada para comprovar “a destinação daquela quantia, a conta a qual aquela quantia foi transferida, a data e o valor transferido”.

Por tudo o que se expôs, vota-se pelo conhecimento e desprovi-mento da apelação.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2010.086091-9, de São José

Relator: Desembargador Robson Luz Varella

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – TRANSPORTE MARÍTIMO – EXIGÊNCIA DE *DEMURRAGE*.

PRETENDIDA INCIDÊNCIA DOS DITAMES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO CASO CONCRETO – INVIABILIDADE – PARTE CONTRATANTE QUE NÃO FIGURA COMO DESTINATÁRIA FINAL DOS SERVIÇOS PRESTADOS – EXEGESE DO ART. 2º, *CAPUT*, DA LEI N. 8.078/1990.

Não se enquadrando a empresa contratante como destinatária final dos serviços prestados pela fornecedora, porquanto objetivam a realização das atividades sociais daquela, afasta-se a pretendida incidência do ordenamento protetivo consumerista à hipótese debatida.

FREE TIME DE 30 (TRINTA) DIAS – PRAXE COMERCIAL, PERANTE EMPRESA DIVERSA, NÃO COMPROVADA – NOVA CONTRATAÇÃO – PREVALÊNCIA DO PERÍODO DE FRANQUIA DE 10 (DEZ) DIAS PREVISTO NO TERMO DE REENTREGA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO *PACTA SUNT SERVANDA*.

Estando previsto no termo de reentrega a devolução dos contêineres no interregno de 10 (dez) dias, incabível a concessão de *free time* superior ao contratualmente previsto. Mesmo porque, na hipótese, não logrou êxito a apelante em comprovar a alegada praxe comercial mantida perante a empresa dantes prestadora dos serviços contratados.

COAÇÃO – AMEAÇA DE RETENÇÃO DOS PRODUTOS DA CONTRATANTE ATÉ FIRMAMENTO DO TERMO DE REENTREGA

DOS COFRES DE CARGA – VÍCIO DE VONTADE INEXISTENTE – LIVRE PACTUAÇÃO A DESPEITO DA ADESIVIDADE DO AJUSTE – EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DA FORNECEDORA EM ESTABELECE O LAPSO TEMPORAL PARA DEVOLUÇÃO DOS CONTÊINERES DE SUA PROPRIEDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 153 DO CÓDIGO CIVIL.

A despeito da adesividade do ajuste celebrado entre as partes litigantes, trata-se de prerrogativa juridicamente respaldada pelo ordenamento vigente (CC, art. 153) a vinculação da entrega das mercadorias acondicionadas em contêineres à assinatura de contrato que imponha a obrigação de devolvê-los.

FORÇA MAIOR – GREVE DOS FUNCIONÁRIOS DA RECEITA FEDERAL E DO IBAMA – SUPOSTO EMPECILHO À DEVOLUÇÃO TEMPESTIVA DOS CONTÊINERES – APELANTE QUE, EMBORA FAÇA PROVA DA PARALISAÇÃO, NÃO ATINGE O INTENTO DE RELACIONÁ-LA AO ALUDIDO ATRASO NA ENTREGA DOS INVÓLUCROS – APLICAÇÃO DO ART. 333, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Ainda que tenha a apelante logrado êxito em fazer prova da paralisação deflagrada por funcionários da Receita Federal e do IBAMA, incumbia a ela, também, a teor do art. 333, II, da Lei Adjetiva Civil, comprovar o nexo de causalidade entre tal circunstância e o atraso na reentrega dos cofres, sob pena de não ter acolhida a tese de ocorrência de força maior.

OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO DE SOBRE-ESTADIAS – COFRES NÃO DEVOLVIDOS NO TEMPO ESTABELECIDO PELAS PARTES – *DEMURRAGES* DEVIDAS – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

Predomina no Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte o entendimento de que são devidas *as demurrages*, na importância pactuada, quando houver mora na devolução de contêineres de transporte marítimo, em observância ao princípio da obrigatoriedade dos contratos.

VALOR EXCESSIVO DA CONDENAÇÃO – ALEGAÇÃO DE QUE OS CÁLCULOS DA AUTORA, ORA APELADA, BASEARAM-SE EM DATAS DE ENTREGA INCORRETAS E EM VALOR DE *DEMURRAGE* EXACERBADO – AUSÊNCIA DE PROVAS DA DEVOLUÇÃO ANTE-

RIOR À EMPREGADA NA APURAÇÃO DA IMPORTÂNCIA DEVIDA – ÔNUS PROBATÓRIO DA PARTE RÉ – PREVISÃO CONTRATUAL DE DIÁRIAS DE US\$ 60,00 (SESSENTA DÓLARES AMERICANOS) – COBRANÇA BASEADA NO VALOR DE US\$ 40,00 (QUARENTA DÓLARES AMERICANOS), INFERIOR AO CONTRATADO – IMPOSSIBILIDADE DE MINORAÇÃO DO MONTANTE DEVIDO.

Não tendo a demandada/apelante, colacionado aos autos qualquer instrumento apto a derruir a data de entrega dos invólucros apontada pela autora/apelada, há de prevalecer o marco por esta indicado, precipuamente porque comprovado documentalmente no processo.

Constatando-se que a importância de US\$ 40,00 (quarenta dólares americanos) diários, ora exigida, figura-se, inclusive, inferior à contratada pelas partes (US\$ 60,00, sessenta dólares americanos), inviável qualquer minoração do montante devido.

CUSTAS DE TRADUÇÃO JURAMENTADA – IMPRESCINDIBILIDADE DA CONVERSÃO PARA O VERNÁCULO DE DOCUMENTOS REDIGIDOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA, A FIM DE QUE CONTEM COM EFICÁCIA PROBATÓRIA – INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 156 E 157 DO ESTATUTO PROCESSUAL E ART. 224 DO DIPLOMA CIVIL – PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE INSCULPIDO NOS ARTS. 5º, LX E 37, *CAPUT*, DA CARTA MAGNA – ATRIBUIÇÃO À RECORRENTE DO RESSARCIMENTO DAS CUSTAS ADIANTADAS DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO – HERMENÊUTICA DO ART. 20, *CAPUT*, E §2º CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Faz-se imperiosa a tradução do Conhecimento de Embarque, firmado pelas partes no idioma inglês, para ensejar sua eficácia probatória (arts. 156 e 157, CPC e 224, CC), sob pena de afronta ao Princípio da Publicidade dos atos processuais (arts. 5º, LX e 37, *caput*, CF).

O caráter generalista do art. 20, *caput*, e §2º da Lei Processual Civil, estabelece que todas as quantias dispendidas durante a fase instrutória do processo devem ser ressarcidas pela parte vencida, incluindo-se, portanto, as custas de tradução juramentada.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DESÍGNIO DE REDUÇÃO –

VERBA FIXADA EM 20 % (VINTE POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO – PARTICULARIDADES DO CASO QUE JUSTIFICAM A PROPORÇÃO DETERMINADA – ESPECIFICIDADE DA MATÉRIA, ESCRITÓRIO DO PATRONO DA PARTE VENCEDORA NÃO COINCIDENTE COM A COMARCA DE AJUIZAMENTO DA DEMANDA, COMPLEXIDADE DO FEITO, QUE, INCLUSIVE, COMPORTOU DILAÇÃO PROBATÓRIA E DURAÇÃO DO PROCESSO SUPERIOR A 8 (OITO) ANOS – CONSONÂNCIA COM O ART. 20, §3º, ALÍNEAS “A”, “B” E “C”, DO CÓDIGO DE BUZAID – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

Ponderando-se a especificidade da matéria e o considerável valor econômico guerreado, a irreparável dedicação do patrono, o fato de que a sede de seu escritório diverge da comarca em que o processo foi julgado, a dilação probatória que se fez necessária e, finalmente, o lapso temporal desde o ajuizamento da ação, conclui-se pela impossibilidade de minoração da verba honorária estabelecida pela sentença.

NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.086091-9, da comarca de São José (2ª Vara Cível), em que é apelante Jabur Comercial e Importadora de Pneus Lta, e apelada Aliança Navegação e Logística Ltda:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso. Custas legais.

Do julgamento, realizado nesta data, participaram o Exmo. Sr. Des. Guilherme Nunes Born e o Exmo. Sr. Des. Dinart Francisco Machado.

Florianópolis, 25 de março de 2014.

Robson Luz Varella

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Aliança Navegação e Logística Ltda. & Cia. ajuizou “Ação Ordinária de Cobrança”, na comarca de São José, contra Jabur Comercial e Importadora de Pneus Ltda. (antiga Grande Importadora Nacional de Pneus Ltda. - GINAP), a fim de perceber os valores devidos a título de diária por sobre-estadia dos contêineres empregados no transporte de mercadorias contratado entre as partes (fls. 01/06).

Explica que, para o deslocamento marítimo, os produtos foram acondicionados em cofres de carga de propriedade da autora e, quando do desembarque, foram entregues juntamente com seu conteúdo à ré, mediante assinatura do “Termo de Compromisso de Reentrega de Container Vazio”, em que foram especificados o período de franquia de 10 (dez) dias e o valor cobrado pela *demurrage* após o fim deste prazo. Contudo, a devolução não ocorreu imediatamente após o *free time*, ensejando a cobrança das sobre-estadias.

Regularmente citada (fl. 386), a ré apresentou defesa em forma de contestação (fls. 387/410), suscitando, preliminarmente, a carência da ação, a falta de interesse processual e a inexistência de documentos válidos.

No mérito, aduziu, em síntese: a necessidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor; a ausência de previsão contratual do pagamento de *demurrage* e da especificação do tempo de franquia; a incidência, no caso, das condições negociais mais favoráveis praticadas com outra transportadora do mesmo grupo, como, por exemplo, o *free time* de 30 (trinta) dias; a abusividade do valor cobrado pelas sobre-estadias (US\$ 40,00 – quarenta dólares americanos); o prejuízo à devolução tempestiva dos contêineres causado pelas greves dos auditores da Receita Federal e fiscais do IBAMA; e, finalmente, o erro nas datas de devolução de dois contêineres (SUDU4582830 e SUDU5532849).

Houve réplica às fls. 502/530 e, em seguida, foi agendada data para a audiência de conciliação (fl. 549).

Ausente a empresa ré na audiência, a conciliação restou prejudicada (fl. 569).

Foi expedida carta precatória para oitiva de testemunhas (fls. 575/592), após cujo retorno as partes ofertaram suas alegações finais (fls. 597/610 e 612/617).

O magistrado julgou procedentes os pedidos da inicial para condenar a demandada ao pagamento de R\$ 78.310,64 (setenta e oito mil, trezentos e dez reais e sessenta e quatro centavos), acrescidos dos consectários legais (fls. 619/629).

Apelou a vencida, repisando, para tanto, os fundamentos da contestação às fls. 633/644.

Silente a sentença quanto à sucumbência e às custas com tradução juramentada, a autora opôs embargos de declaração (fls. 647/650), os quais foram acolhidos, condenando a ré ao “*pagamento das despesas processuais, inclusive aquelas havidas pela Embargante com as traduções para o vernáculo dos documentos coligidos aos autos, e dos honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, [...]*” (fls. 655/657).

Em face da nova decisão, a apelante aditou o recurso e insurgiu-se contra a condenação ao pagamento das custas do tradutor juramentado e requereu a minoração dos honorários advocatícios para 10% (dez por cento) do valor da causa (fls. 660/666).

Com as contrarrazões (fls. 672/723), ascenderam os autos a este Tribunal à fl. 727.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Jabur Comercial e Importadora de Pneus Ltda. contra sentença que condenou a apelante ao pagamento de R\$ 78.310,64 (setenta e oito mil, trezentos e dez reais e sessenta e quatro centavos) pela sobre-estadia dos contêineres de propriedade de Aliança Navegação e Logística Ltda. & Cia., recorrida.

Fundamentam-se as razões recursais, basicamente, em: a) cabimento de aplicação do Código de Defesa do Consumidor; b) existência prévia de praxe comercial com empresa do mesmo grupo da apelada de *free time* não inferior a 30 (trinta) dias ; c) configuração de força maior pela greve deflagrada pelos funcionários da Receita Federal e do IBAMA, a qual prejudicou a devolução dentro do prazo pactuado; d) excesso do valor da condenação, em razão de equívoco na data de devolução de dois cofres de carga e valor desmedido da diária de *demurrage*; e) necessidade de atribuição da obrigação de pagamento dos serviços de tradução juramentada à autora, ora apelada; e, por fim, f) a fixação desproporcional dos honorários advocatícios.

Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

Intenta a apelante submeter o caso dos autos ao escopo da Lei n. 8.078/90.

Prevê o art. 2º, *caput*, do Diploma Consumerista: “*Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*”

Ocorre, entretanto, conforme se depreende dos autos e, em especial, da apelação, que a autora é importadora de pneus e realizou a importação cujo objeto foi transportado pela apelada para “realização das atividades sociais da apelante” (fl. 637) não sendo cabível, assim, considerá-la destinatária final.

Neste sentido, a lição de Marcelo M. Bertoldi:

“Sempre que tenhamos diante de nós produto ou serviço que é adquirido/contratado pelo empresário como instrumento de produção, sem o qual produto ou serviço não teriam as mesmas características no que se refere à qualidade e quantidade, o adquirente/contratante não poderá ser tido como destinatário final e, portanto, não será consumidor, na dicção do art. 2º do Código do Consumidor. Por outro lado, quando o empresário adquire produto ou contrata serviço que não guarde relação direta com a qualidade e quantidade dos produtos ou serviços que coloca no mercado, tal como um veículo destinado servir a diretoria, cestas de Natal para distribuição aos funcionários ou, ainda, a assinatura de canal fechado de TV para entretenimento dos empregados em horário de almoço, nesses casos, como o empresário é destinatário final fático e econômico do bem ou serviço, será ele, efetivamente, consumidor.” (*Curso Avançado de Direito Comercial*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 764)

Julgando caso específico sobre o transporte marítimo de mercadorias, o Superior Tribunal de Justiça corrobora este entendimento:

“Contudo, na espécie, não há como se reconhecer relação de consumo no contrato de transporte de mercadoria firmado entre transportador e o profissional da indústria e do comércio que visa agregar a mercadoria à sua atividade principal. Ao contrário, trata-se de contrato com natureza tipicamente comercial.” (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.221880/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, j. em 18/9/2012)

Igualmente, predomina nesta Corte a posição de que em contratos de transporte marítimo só se aplica o Código de Defesa do Consumidor, caso seja constatado o caráter de destinatário final de uma das partes:

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE MARÍTIMO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM E INÉPCIA DA INICIAL ARREDADAS. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATANTE. DESTINATÁRIO DA CARGA TRANSPORTADA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR APLICÁVEL. REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL SEM PROVOCAÇÃO DAS PARTES. DESCABIMENTO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. RECONHECIMENTO QUE IMPORTA EM DECOTAR O EXCESSO. PLUVIOSIDADE EXCESSIVA, NAVEGAÇÃO DIFICULTADA. FENÔMENOS CLIMÁTICOS NATURAIS E PREVISÍVEIS. FORÇA MAIOR NÃO TIPIFICADA. SOBRE-ESTADIA (*DEMURRAGE*). COBRANÇA INDEVIDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível n. 2012.082494-0, rel. Des. Rodrigo Cunha, j. em 6/6/2013). (sem grifos no original)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL. *DEMURRAGE*. MAGISTRADO *A QUO* QUE JULGA PROCEDENTES OS PLEITOS VAZADOS NA EXORDIAL. IRRESIGNAÇÃO DA DEMANDADA.

[...]

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NECESSIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE UMA DAS PARTES COMO DESTINATÁRIO FINAL. EXEGESE DO ART. 2º DO SUSO APONTADO DIPLOMA LEGAL. ENFOQUE DA QUAESTIO CONSOANTE A TEORIA FINALISTA ATENUADA. IMPRESCINDIBILIDADE DE OBSERVÂNCIA DA INTERESSADA CONFORME SUA VULNERABILIDADE NO MERCADO. RECORRENTE QUE POSSUI COMO OBJETO SOCIAL A IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. PRODUTO QUE SE INSERE NA SUA CADEIA NEGOCIAL COMO SENDO “MEIO”. CASUÍSTICA QUE NÃO SE ENCONTRA SOB O MANTO DO PERGAMINHO CONSUMERISTA. [...] (Apelação Cível n. 2008.074841-0, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 21/6/2011)

Para esta questão, adotam-se, ainda, os fundamentos empregados na sentença *a quo* pelo MM. Juiz Sergio Ramos:

“De início, impende registrar que a relação estabelecida entre as partes litigantes não é regida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, como pretende a Requerida. A bem verdade, a demanda envolve duas pessoas jurídicas realizando relações empresariais de transporte marítimo de mercadorias oriundas de outro País, não sendo possível aferir nenhum nível de vulnerabilidade para nenhuma delas.

Acerca da matéria, leciona Sergio Cavalieri Filho:

No polo passivo da mesma relação estará o consumidor, definido no art. 2º do Código como sendo ‘toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final’. Resulta daí que o consumidor terá sempre como traço marcante o fato de adquirir bens ou contratar serviços como destinatário final, isto é, para suprir uma necessidade própria, e não para o desenvolvimento de outra atividade negocial.

[...]

Não há, portanto, relação de consumo a ser protegida pelas normas do CDC, mas verdadeira cobrança de pena por descumprimento de norma contratual.”

Assim, uma vez que os produtos transportados pela recorrida tinham como fim serem comercializados pela recorrente, impossível classificar esta última como destinatária final e, por conseguinte, consumidora. Por isso, não há que se falar em aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso em tela, ou, ainda, violação ao art. 732 do Código Civil.

Praxe Comercial de Free Time de 30 dias

Relata a apelante ter mantido, anteriormente à contratação objeto desta demanda, longa relação comercial com a empresa Kien Hung Shipping Co. Ltd. – na qual não havia cobrança de demurage por prazo inferior a 30 (trinta) dias – que, eventualmente foi adquirida pelo grupo Hamburg Süd, de que faz parte a apelada.

Alega que quando contratou a apelada, através da mesma intermediária que indicava a transportadora chinesa, não houve negociação para a redução da franquia para 10 (dez) dias, tendo, na verdade, apenas tomado conhecimento do novo prazo após a assinatura do “Termo de Compromisso de Reentrega de Container Vazio” por seu representante legal (despachante aduaneiro), mediante sua coação.

Contudo, discorda-se deste entendimento.

Inicialmente, há que se destacar que não restou verdadeiramente comprovada a praxe comercial que a apelante supostamente mantinha com a transportadora chinesa, haja vista que a recorrente, a quem comprovar esta alegação, nos termos do art. 333, II, do Código de Buzaid, deixou de fazê-lo.

Consoante se verifica no Documento 05 (fls. 170/183), a apelante, quando do recebimento das mercadorias, obrigou-se através de “Termo de Compromisso de Reentrega de Container Vazio” a devolver os cofres “High Cubic (HC) 40”, utilizados no transporte de suas mercadorias, dentro do prazo de 10 (dez) dias, após o qual seria cobrada taxa de sobre-estadia no valor de US\$ 60,00 (sessenta dólares americanos) por dia.

Ora, tratando-se de uma nova contratação, inclusive com uma empresa distinta, em que, como se pode verificar junto à tradução juramentada do Documento 03, de fls. 44/159, a presunção de manutenção do vínculo comercial ou, mesmo, de quaisquer das condições pactuadas com a transportadora anterior não possui cabimento algum.

Como é sabido, as relações contratuais são regidas pelo princípio do pacta sunt servanda, que dita a obrigatoriedade de cumprimento das disposições contratualmente firmadas entre as partes de um negócio jurídico.

Veja-se o que ensina Arnaldo Rizzardo sobre o tema:

“É irredutível o acordo de vontades, conforme regra consolidada no direito canônico, através do brocardo pacta sunt servanda.

Os contratos devem ser cumpridos pela mesma razão que a lei deve ser obedecida.

Ou seja, o acordo das vontades, logo depois de declaradas, tem valor de lei entre os estipulantes, e impõe os mesmos preceitos coativos que esta contém.

[...]

Em verdade, o contrato obriga em função de várias razões, todas de essência prática, sem necessidade de teorizar os fundamentos. É necessário o cumprimento em virtude da palavra dada, e mais porque a lei ordena a obediência às cláusulas, cominando sanções aos infratores. A estabilidade da ordem social e a necessidade de dar segurança às relações desenvolvidas são outros fatores que ensejam a irretratabilidade. [...]” (RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. pp. 24/26.)

Assim, com base no princípio do pacta sunt servanda incumbia à recorrente obedecer o prazo de 10 (dez) dias firmado através do “Termo de Compromisso de Reentrega de Container Vazio” para devolução do cofre à recorrida, independentemente das práticas negociais supostamente empregadas por outras transportadoras.

Coação

Suscita-se, ainda, no recurso, o argumento de que a celebração do “Termo de Compromisso de Reentrega de Container Vazio”, quando da retirada dos produtos, se deu mediante coação, sob pena de retenção das mercadorias por parte da recorrida.

Segundo o Código Civil, só se considera coação ato que cause à pessoa fundado temor de dano e que não se trate de ameaça de exercício de um direito. *In verbis*:

Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.

Art. 153. Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.

Ora, como a recorrida entregou à recorrente juntamente com os produtos transportados os contêineres de sua propriedade, era perfeitamente cabível a exigência de pactuação de um termo, previamente elaborado, de devolução dos mesmos. Assim, consoante o art. 153 da Lei Civil, em se tratando de ameaça de legítimo exercício de direito, não há que se falar em coação.

De fato, o que sucedeu foi a pactuação de um contrato de adesão entre as partes, sem que, contudo, incorresse-se em qualquer das hipóteses dos artigos 423 e 424 do Diploma Cível, permanecendo, portanto, o “Termo de Compromisso de Reentrega de Cointeiner Vazio” incólume de vícios destas naturezas. Confirmam-se:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Assim, resta afastada a hipótese de vício de autonomia da vontade da apelante na celebração do contrato de adesão que a obrigou a retornar os contêineres no prazo de 10 (dez) dias sob pena de pagamento de *demurrage* no valor diário de US\$ 60,00 (sessenta dólares americanos).

Força Maior – Greve dos Auditores da Receita Federal e Fiscais do IBAMA

Ademais, quanto ao argumento de que o atraso na devolução dos cofres de carga se deu em decorrência de greve dos Auditores da Receita Federal e Fiscais do IBAMA, deflagrada neste período, igualmente não merece acolhida.

Prevê o artigo 333, II, da Lei Adjetiva Civil que cabe à ré, ora recorrente, produzir as provas necessárias para desconstituir o direito da autora, ora apelada. *Ipsis litteris*:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Bem verdade, a apelante acostou aos autos notícias da existência da paralisação, contudo, em momento algum foi comprovado o prejuízo que o movimento sindical supostamente implicou na reentrega dos contêineres vazios à apelada.

Ou seja, caso realmente a greve dos funcionários da Receita Federal e do IBAMA tivesse contribuído para a mora na devolução dos cofres, a apelante deveria ter produzido o material probatório capaz de respaldar esta afirmação. Como não o fez, todavia, impõe-se afastar incidência de Força Maior como excludente de responsabilidade da apelante pelo descumprimento da obrigação pactuada no “Termo de Compromisso de Reentrega de Container Vazio”, consoante disposto pelo art. 393 do Estatuto Civil.

Obrigaç o de Pagamento de Sobre-Estadias

O recurso em an lise, como dito, tem como principal objetivo ver reformada a sentena para afastar a condenaa o ao pagamento das sobre-estadias devidas pelo atraso na devolua o dos cont ineres ap s findo o prazo de livre utilizaa o de 10 (dez) dias pactuado pelas partes.

Ocorre que a apelante n o nega o atraso, e apenas aponta motivos que supostamente o ensejaram, os quais foram, acima, abordados e superados individualmente, restando, ainda, analisar esta quest o central.

Prev e o Conhecimento de Embargue, traduzido  s fls. 44/169, que regra o transporte mar timo contratado entre as partes, em suas Cl usulas 3  e 14 , que a responsabilidade pelos custos com frete, inclusive de sobre-estadias,   exclusivamente da contratante, ora recorrente.

3 – INCORPORAA O DA TARIFA - As condio es que constam das tarifas da Transportadora fazem parte deste Conhecimento. Chama-se atena o, especialmente,  s condio es l  previstas, em relaa o   sobrestadia de container e ve culos. Mediante solicitaa o, a Transportadora ou seus agentes fornecer o vias das disposio es pertinentes da tarifa em vigor. [...]

14 – FRETE - Julgar-se-  que o valor integral do frete at  o porto de descarga ou local para entrega, inclusive, dentre outros, frete morto, sobrestadia, despesas e outras quantias aqui devidas pelas Mercadorias, tenha sido completamente auferido, mediante o recebimento das Mercadorias pela Transportadora, quer deva o frete morto, sobrestadia, despesas, ou outras quantias, devidas, conforme constarem, ser pago antecipadamente ou cobrado no porto de descarga, ou local de entrega, ou posteriormente, e caber  o direito   Transportadora a todo o frete, inclusive, dentre outros, frete morto, sobrestadia, despesas e outras quantias devidas, quer efetivamente pagas ou n o, e de receber e com eles ficar mediante todas as circunst ncias, quaisquer que sejam, quer tenha o navio e/ou as Mercadorias sido perdidos ou n o, ou a viagem mudada, interrompida, frustrada ou abandonada.

[...]

O Negociante, inclusive, dentre outros, o embarcador, titular e consignatário, responderão conjunta e individualmente perante a Transportadora, pelo pagamento de frete, despesas, sobrestadias, e se não cumprirem suas obrigações previstas neste Conhecimento de Embarque, eles deverão indenizar a Transportadora e mantê-la a salvo de responsabilidades, faltas e avarias, que a Transportadora vier a sofrer ou incorrer, ou que forem proveniente de tal não cumprimento pelo Negociante, incluindo custos, despesas e emolumentos de advogados.

[...]

Já o “Termo de Compromisso de Reentrega de Container Vazio” (fls. 170/183) expressa e especificamente regulamenta o período de franquia e as diárias de sobre-estadia. Confira-se:

TERMO DE COMPROMISSO DE REENTREGA DE CONTEINER VAZIO

Prezados Senhores,

Na qualidade de procuradores/representantes dos recebedores e consignatários da carga transportada por V.Sas., pela presente ratificamos nossa responsabilidade pela reentrega do(s) container(s) discriminado(s) no(s) BL(s) abaixo mencionado(s) utilizado(s) para o referido transporte conforme abaixo identificado, no terminal que for determinado, através de consulta por nós realizada.

Os referidos containers serão devolvidos completamente limpos, livre de odores, decalques, adesivos, colantes, pregos, ou outros objetos estranhos ao equipamento, e em condições de receber nova carga. Caso isto não ocorra, temos ciência que o terminal poderá recusar de pronto a sua entrega.

Outrossim, responsabilizamo-nos por quaisquer avarias ou extravio que possa ocorrer enquanto estes equipamentos estiverem sobre nossa guarda, comprometendo-nos ainda a ressarcir V.Sas. Por eventuais custos de armazenagem e/ou remoção, em caso de necessidade de buscá-los em local diverso ao terminal designado.

Qualquer atraso na devolução dos equipamentos, será devidamente indeni-

zado com base na taxa diária devida para a sobrestadia (demurrage), conforme abaixo estipulada.

Tipo de Container	Franquia de dias	Valor da diária (USD)
Dry 20'	10 dias corridos	20.00
Dry 40'	10 dias corridos	40.00
Flat Rack (FR) 20'	10 dias corridos	30.00
Flat Rack (FR) 40'	10 dias corridos	60.00
High Cubic (HC) 40'	10 dias corridos	40.00
Open Top (OT) 20'	10 dias corridos	30.00
Open Top (OT) 40'	10 dias corridos	60.00
Insulado/Reefer 20'	05 úteis	50.00
Insulado/Reefer 40'	05 úteis	100.00

[...] (sem grifos no original)

Conforme mencionado, a recorrente assumiu a mora na devolução dos contêineres e os documentos acostados aos autos provam que a mesma tinha ciência de sua responsabilidade pelos custos de frete e de eventuais diárias de sobre-estadias, não subsistindo, portanto, outra alternativa que não a manutenção de sua condenação ao pagamento destes valores à apelada.

Ratifica este entendimento a vasta maioria dos julgados deste Tribunal. Confirmam-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. JUÍZO DE ORIGEM QUE JULGA PROCEDENTES OS PEDIDOS VAZADOS NA EXORDIAL. INCONFORMISMO DA REQUERIDA. PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO PARA A COBRANÇA DA DEMURRAGE. TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCADORIAS. COBRANÇA DE SOBRE-ESTADIA DOS CONTÊINERES NÃO DEVOLVIDOS NO PRAZO AVENÇADO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. RÉ QUE

SUSTENTA A OCORRÊNCIA DE PRAZO PRESCRICIONAL ANUO PARA A COBRANÇA JUDICIAL. INVIABILIDADE DE ALBERGUE. CASO CONCRETO QUE TRATA DA MODALIDADE DE TRANSPORTE MONOMODAL, POIS REALIZADO TÃO SOMENTE PELA VIA MARÍTIMA. COBRANÇA DE SOBRE-ESTADIA REVESTIDA DE NATUREZA INDENIZATÓRIA POR LUCROS CESSANTES. PRAZO PRESCRICIONAL. EXEGESE DO ART. 206, § 3º, INCISO V, DO CÓDIGO CIVIL. INOCORRÊNCIA DO LAPSO DE TRÊS ANOS ENTRE A DATA DE DEVOLUÇÃO DOS CONTÊINERES PELA SUPPLICADA E A DATA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. REBELDIA IMPROVIDA. (Apelação Cível n. 2013.047095-3, rel. Des. Saul Steil, j. em 8/10/2013). (sem grifos no original).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SOBRE-ESTADIA (“*DEMURRAGE*”) DE CONTÊINER. INDEFERIMENTO DA DENUNCIÇÃO DA LIDE. PROVIDÊNCIA MANTIDA EM NOME DOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL QUE É RELATIVA. AUSÊNCIA DE ARGUIÇÃO DA INCOMPETÊNCIA POR MEIO DE EXCEÇÃO. PRORROGAÇÃO. ARTIGOS 112, “*CAPUT*”, E 114, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DESNECESSIDADE DE OFERECIMENTO DA CAUÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 835 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPORTAÇÃO POR CONTA E ORDEM DE TERCEIRO. REGRAS ENCONTRADAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR QUE NÃO SE APLICAM À PESSOA JURÍDICA, ESTA QUE NÃO É A DESTINATÁRIA FINAL E, TAMPOUCO, VULNERÁVEL. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ARTIGO 205 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA QUE NO CONHECIMENTO DE TRANSPORTE MARÍTIMO CONSTOU COMO SENDO CONSIGNATÁRIA. TERMO DE RETIRADA DE CONTÊINER E TABELA DE VALORES SUBSCRITA PELA REQUERIDA. CLÁUSULA PREVENDO O PAGAMENTO DE SOBRE-ESTADIA, A TÍTULO DE ALUGUEL, PARA O CASO DE NÃO DEVOLUÇÃO DO CONTÊINER NO PRAZO E NA FORMA AVENÇADA. AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO APTO A DESCONSTITUIR O DIREITO À COBRANÇA DA SOBRE-ESTADIA. ÔNUS PROBATÓRIO. ARTIGO 333, INCISO

II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO DESPROVIDO.

1. Em respeito aos princípios da celeridade e da instrumentalidade, está justificado o indeferimento do pedido de denunciação da lide se a providência implicaria na ampliação dos temas controvertidos, assegurando-se, de qualquer modo, que eventual direito de regresso possa ser buscado por ação autônoma. 2. A competência territorial, porque relativa, somente poderá ser arguida por meio de exceção de incompetência, sob pena de prorrogação. 3. Se há prova do débito e demonstração da existência de patrimônio passível de penhora, não se faz necessária a prestação de caução pela empresa estrangeira. 4. Ausente a figura do destinatário final, não são aplicadas as regras protetoras do Código de Defesa do Consumidor. 5. O prazo da pretensão de cobrança decorrente de sobre-estadia de contêiner observa a prescrição decenal do artigo 205 do Código Civil de 2002. 6. A consignatária é responsável pela obrigação de pagar os valores expressamente pactuados em decorrência de sobre-estadia de contêiner. 7. À autora incumbe a prova dos atos constitutivos de seu direito e à requerida o de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado. (Apelação Cível n. 2013.019473-0, rel. Des. Jânio Machado, j. em 5/9/2013). (sem grifos no original)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DO VALOR DE SOBRESTADIA DE CONTÊINERS (*DEMURRAGE*). ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA E ILEGIMIDADE PASSIVA. PRELIMINARES AFASTADAS. PREVISÃO EXPRESSA DE COBRANÇA DA *DEMURRAGE* NOS ‘CONHECIMENTOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO’ E ‘TERMOS DE RESPONSABILIDADE SOBRE DEVOLUÇÃO DE CONTÊINERES RETIRADOS’ DEVIDAMENTE SUBSCRITOS PELA RÉ. PERMISSÃO DE INCIDÊNCIA DE TARIFA APÓS O *FREE TIME*. OBRIGAÇÃO ASSUMIDA. VERBA HONORÁRIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2012.080770-0 rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 20/8/2013).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SOBRE-ESTADIA (“*DEMURRAGE*”) DE CONTÊINER. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ARTIGO 205 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA QUE NO CONHECIMENTO DE TRANSPORTE MARÍTIMO CONSTOU COMO SENDO CONSIGNATÁRIA. TERMO DE RETIRADA DE CONTÊ-

INER E TABELA DE VALORES SUBSCRITA PELA REQUERIDA. CLÁUSULA PREVENDO O PAGAMENTO DE SOBRE-ESTADIA, A TÍTULO DE ALUGUEL, PARA O CASO DE NÃO DEVOLUÇÃO DO CONTÊINER NO PRAZO E NA FORMA AVENÇADA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O prazo da pretensão de cobrança decorrente de sobre-estadia de contêiner observa a prescrição decenal do artigo 205 do Código Civil de 2002. 2. A consignatária é responsável pela obrigação de pagar os valores expressamente pactuados em decorrência de sobre-estadia de contêiner. (Apelação Cível n. 2011.063635-9, rel. Des. Jânio Machado, j. em 11/7/2013).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL. *DEMURRAGE*. MAGISTRADO *A QUO* QUE JULGA PROCEDENTES OS PLEITOS VAZADOS NA EXORDIAL. IRRESIGNAÇÃO DA DEMANDADA. PREFACIAL DE NULIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL GUERREADA SOB O FUNDAMENTO DE QUE O ESTADO-JUIZ DE ORIGEM ANCOROU-SE NA CONVENÇÃO DE BRUXELAS DE 1924, QUE O BRASIL, APESAR DE SIGNATÁRIO, NÃO RATIFICOU. INOCORRÊNCIA. JULGADOR QUE SEQUER UTILIZOU ESSE DIPLOMA LEGAL COMO PARÂMETRO PARA CERTIFICAR À DEMANDANTE O DIREITO RECLAMADO. PRELIMINAR NATIMORTA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NECESSIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE UMA DAS PARTES COMO DESTINATÁRIO FINAL. EXEGESE DO ART. 2º DO SUSO APONTADO DIPLOMA LEGAL. ENFOQUE DA QUAESTIO CONSOANTE A TEORIA FINALISTA ATENUADA. IMPRESCINDIBILIDADE DE OBSERVÂNCIA DA INTERESSADA CONFORME SUA VULNERABILIDADE NO MERCADO. RECORRENTE QUE POSSUI COMO OBJETO SOCIAL A IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. PRODUTO QUE SE INSERE NA SUA CADEIA NEGOCIAL COMO SENDO “MEIO”. CASUÍSTICA QUE NÃO SE ENCONTRA SOB O MANTO DO PERGAMINHO CONSUMERISTA. CONTRATO DE ADESÃO. NEGÓCIO JURÍDICO ENTABULADO COMO SENDO FORMULÁRIO. OBSERVÂNCIA AOS ARTS. 423 E 424 AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. INOCORRÊNCIA DE EXCESSIVIDADE DO VALOR COBRADO A TÍTULO DE SOBRE-ESTADIA. INVIABILIDADE

DE APLICAÇÃO DO ART. 157 DO CÓDIGO CIVIL, QUE AÇAMBARCA A TEORIA DA LESÃO. INTERESSADA QUE NÃO SE MOSTRA INEXPERIENTE NO RAMO DE IMPORTAÇÃO, PORQUANTO ESSE É UM DE SEUS OBJETOS SOCIAIS, ALÉM DE QUE NÃO RESTOU COMPROVADA A PREMENTE NECESSIDADE. ÔNUS QUE LHE INCUMBIA. ART. 333, INCISO II, DO CÓDIGO BUZAID. DEMANDANTE QUE, ADREDAMENTE, LEVOU AO CONHECIMENTO DA RECORRENTE A FRANQUIA DE 10 (DEZ) DIAS DE ESTADIA DOS CONTAINERS NO PORTO, ALÉM DE TER APOSTADO CRISTALINAMENTE O VALOR DIÁRIO DA *DEMURRAGE*. DEMANDADA QUE DEU CAUSA AO MONTANTE COBRADO EM RAZÃO DA NÃO DEVOLUÇÃO DOS CONTAINERS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. ADITAMENTOS INCIDENTES SOBRE O VALOR PERSEGUIDO NA LIDE. ESTADO-JUIZ *A QUO* QUE ESTIPULOU O CÔMPUTO DE CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE A DATA DA PETIÇÃO INICIAL E JUROS MORATÓRIOS DE 1% A CONTAR DA CITAÇÃO. MATÉRIAS JÁ DEFINIDAS NA ORIGEM E NÃO DEVOLVIDAS A ENFOQUE A ESTA CORTE. PRECLUSÃO. LACUNA QUANTO AO ÍNDICE DE RECOMPOSIÇÃO DO PODER DE COMPRA DA MOEDA E PERIODICIDADE DE COBRANÇA DOS JUROS DE MORA. PERMISSIVIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO DE OFÍCIO DA SENTENÇA NESSES ASPECTOS, PORQUANTO DECORRENTE DE LEI. CORREÇÃO MONETÁRIA QUE DEVE OBSERVAR A VARIAÇÃO DO INPC/IBGE. PROVIMENTO N. 13/95 DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DESTE AREÓPAGO. JUROS MORATÓRIOS LIMITADOS EM 1% QUE POSSUEM EXIGÊNCIA MENSAL. EXEGESE DOS ARTS. 406 DO CÓDIGO CIVIL E 161, § 1º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. SUCUMBÊNCIA. TUTELA JURISDICIONAL PROFLIGADA QUE SE MANTEVE INCÓLUME. RECORRENTE QUE PERMANECE LETÁRGICA EM PLEITEAR PELA MODIFICAÇÃO DESSE ÔNUS. ASSUNTO QUE SE INSERE NO ÂMBITO DE DISPOSIÇÃO DA INTERESSADA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DISPOSITIVO E INÉRCIA DA JURISDIÇÃO. VERBA QUE PERMANECE TAL QUAL VAZADA NA ORIGEM. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2008.074841-0, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 21/6/2011).

Desta forma, não cabe discutir o dever de quitar as obrigações assumidas contratualmente pela apelante, quais sejam, a sujeição ao tempo de franquia de 10 (dez) dias e o pagamento das *demurrages* devidas, em razão do desrespeito ao *free time*.

Valor Excessivo da Condenação

Alternativamente à total reforma da sentença, busca a recorrente a minoração do valor da condenação em virtude de suposto equívoco na data de entrega de dois contêineres e conseqüentemente, no cálculo das *demurrages* devidas por conta do atraso na devolução dos contêineres.

Quanto à data de reentrega dos cofres de carga de ns. SUDU4582830 e SUDU5532849, alega a apelante que suas devoluções se deram, respectivamente, nos dias 15/3/2004 e 26/4/2004, motivo porque o cálculo deveria ser revisto.

Apointa como prova da devolução nas datas supra mencionadas o documento acostado à fl. 497, porém neste documento o contêiner de n. SUDU5532849 nem sequer foi mencionado. Por outro lado, há um número similar ao SUDU4582830, porém este encontra-se rasurado, com o número 4 escrito à mão sobre outra numeração, minando, por isso, a credibilidade da documentação e, conseqüentemente, das datas de entrega sustentadas pela apelante.

Ademais, citado documento data de Maio de 2004 e não de Março e Abril do mesmo ano, meses apontados como data de devolução de referidos cofres pela apelante.

Assim, não tendo a recorrente obtido êxito em provar “à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da apelada”, nos termos do art. 333, II, do CPC, deve prevalecer a data dos recibos apresentados na exordial às fls. 206 e 217, referentes, respectivamente, à devolução dos contêineres SUDU4582830 e SUDU5532849.

Novamente, quanto ao questionamento do valor da diária para sobre-estadia, a decisão não merece reparo.

O valor efetivamente cobrado de US\$ 40,00 (quarenta dólares americanos) por dia, já é, na verdade, inferior aos US\$ 60,00 (sessenta dólares americanos) diários contratados como *demurrage* pelo modelo “High Cubic 40’”, utilizado no transporte dos produtos importados pela recorrente, conforme se verifica da tabela constante do “Termo de Compromisso de Reentrega de Container Vazio” (Documento 05 – fls. 170/183) e transcrita acima, tornando-se completamente descabida a sua redução adicional. Confira-se o excerto:

Tipo de Container	Franquia de dias	Valor da diária (USD)
High Cubic (HC) 40'	10 dias corridos	40.00

Além disso, a apelada disponibilizou à apelante, conforme disposição contratual do Conhecimento de Embarque, a Tabela de Tarifas do Armador (Documento 06 – fls. 184/185), em que, igualmente, consta o valor de US\$ 60,00 (sessenta dólares americanos) como taxa diária de *demurrage* para o modelo de cofre utilizado no transporte de mercadorias da apelante.

Por isso, conserva-se a sentença quanto à condenação ao pagamento das *demurrages* no valor diário de US\$ 40,00 (quarenta dólares americanos), totalizando a importância de R\$ 78.310,64 (setenta e oito mil, trezentos e dez reais e sessenta e quatro centavos), acrescidos dos consectários legais, sob pena de violação ao Princípio do Pacta Sunt Servanda.

Custas de Tradução Juramentada

Outrossim, intenta a recorrente reverter a condenação ao pagamento dos honorários do tradutor juramentado. Ainda mais uma vez, entretanto, seu pleito não tem razão para prosperar.

Encontra-se no art. 13 da Constituição Federal a previsão de que “*A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.*” Já o art. 156 do Código de Processo Civil prevê a obrigatoriedade desta linguagem em todos os atos e termos do processo:

Art. 156. Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo.

Desta forma, a eficácia de documentos elaborados em idioma diverso do oficial, *ad juditia* et extra, fica vinculada à sua tradução para o vernáculo, consoante depreende-se do art. 224 do Código Civil e art. 157 do Regulamento Processual:

Art. 224. Os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o português para ter efeitos legais no País.

Art. 157. Só poderá ser juntado aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado.

Destaque-se o ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni, em comentário ao derradeiro dispositivo, prevendo o caráter de auxiliar do juízo que se atribui ao Tradutor Juramentado:

O tradutor juramentado é um auxiliar eventual do juízo que tem a função de traduzir os documentos redigidos em língua estrangeira. [...]

Ordinariamente, este Tribunal dispensa a tradução de documentos transcritos em *língua espanhola*, de fácil compreensão pela similaridade com a língua portuguesa, em razão, dentre outros porquês, da origem latina que compartilham. Confirmam-se: Apelação Cível n. 2011.027707-6, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 14/11/2013; Apelação Cível n. 2010.068779-3, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 11/10/2012; Apelação Cível n. 2008.079189-9, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 14/4/2011.

Há, contudo, decisão em sentido contrário do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL – DOCUMENTO EM LÍNGUA ESPANHOLA – TRADUÇÃO – INDISPENSABILIDADE (CPC ART. 157) – AUTENTICAÇÃO CONSULAR.

I - Embora seja, depois do galego, a língua mais próxima do português, o idioma castelhano tem idiosincrasias que a fazem traiçoeira para o leigo, falante de portunhol. Bem por isso, só é permitido o ingresso de documento escrito em espanhol, quando “acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado” (CPC, Art. 157).

II – para fazerem prova no Brasil, os documentos oficiais, passados por agentes públicos de países estrangeiros, dependem de tradução, autenticação consular brasileira e registro no escritório de títulos e documentos (L. 6015/73, Art. 129, 6º).

III – Declaração de que o automóvel supostamente roubado transitou por um posto aduaneiro boliviano, conduzido por alguém que não é seu proprietário, induz a sensação de que efetivamente o furto aconteceu. (Recurso Especial n. 606.393/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 19/5/2005)

Não obstante, no caso em comento, o Conhecimento de Embarque, que serviu de instrumento da contratação do transporte marítimo, foi elaborado na língua inglesa, sabidamente de origem anglo-saxônica, o que dificulta sobremaneira a compreensão do documento para aqueles que não dominam referido idioma.

Destaque-se que não cabe aqui o argumento de que, tendo sido firmado entre as partes em inglês, haveria que se presumir o domínio das mesmas sobre o idioma. É irrelevante.

Isso porque, encontra-se insculpido na Constituição Federal (arts. 5º, LX e 37, *caput*) o Princípio da Publicidade, segundo o qual o acesso todos os atos judiciais devem ser viabilizado a qualquer cidadão, ressalvadas as exceções legais.

Destarte, a ausência da tradução juramentada do Conhecimento de Embarque implicaria em restrição à acessibilidade de significativa parcela da população ao processo em julgamento e, conseqüentemente, em afronta a referido princípio.

Nesta linha, do Superior Tribunal de Justiça:

Presumidamente, portanto, a tradução de qualquer documento redigido em linguagem não oficial é essencial para compreensão do processo não só pelas partes, mas também pelo juiz e por qualquer interessado. Entretanto, essa presunção é *iuris tantum*, inclusive porque, consoante delineado, o arquetipo adotado pelo CPC pressupõe a análise de prejuízo e alcance das finalidades pretendidas. (Recurso Especial n. 1.231.152/PR, rela. Min. Nancy Andrighi, j. em 20/8/2013)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. PROVA FUNDAMENTAL DA IMPETRAÇÃO: CONTRATOS REDIGIDOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 157 DO CPC. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. 1. Confrontando-se o pe-

didado inicial com os documentos contidos nos autos, verifica-se que a “prova fundamental” da impetração são os contratos firmados entre a impetrante e os destinatários dos grãos (soja e milho), como bem observou o Ministério Público Federal. No entanto, a juntada de tais contratos não observou o disposto no art. 157 do CPC, in verbis: “Só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado” . Nesse contexto, não há prova pré-constituída apta a comprovar que, no caso concreto, é ilegal a exigência do ICMS em relação às mercadorias (grãos) transferidas de Mato Grosso do Sul para o Estado do Paraná. A alegação de que tais mercadorias seriam destinadas ao exterior não restou devidamente comprovada. 2. Tratando-se de mandado de segurança, cuja finalidade é a proteção de direito líquido e certo, não se admite dilação probatória, porquanto não comporta a fase instrutória, sendo necessária a juntada de prova pré-constituída apta a demonstrar, de plano, o direito alegado. 3. Recurso ordinário não provido. (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 28895, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 3/5/2011) (original sem grifos)

Em situação idêntica, a jurisprudência desta Corte acolheu a necessidade de acostamento da tradução juramentada do Conhecimento de Embarque em idioma estrangeiro aos autos processuais. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. TRANSPORTE MARÍTIMO. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA AUTORA. MÉRITO. COBRANÇA DE CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO. SOBRESTADIAS (DEMARRUGE) DE CONTAINERS. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR. DOCUMENTOS TRAZIDOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA, DESACOMPANHADOS DE TRADUÇÃO. AFRONTA AO ARTIGO 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TERMO DE RESPONSABILIDADE EM NOME DE TERCEIRO. OBRIGAÇÃO ASSUMIDO PELA RÉ NÃO COMPROVADA. EXEGESE DO ARTIGO 333, INCISO DA LEI PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA MANTIDA. É desfo a parte acostar aos autos documentos vazados em língua estrangeira (inglês) para edificar sua pretensão, quando desacompanhados “de versão em vernáculo, firmada por

tradutor juramentado” (CPC, art. 157). Alicerçada a cobrança de sobrestadia de containers na existência de negócio jurídico entre as partes, compete a parte apelante sua demonstração de modo cabal. Se não produz tal prova, como lhe toca a teor do artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil (ao revés, acosta termo de responsabilidade pelo containers firmados em nome de terceiro), incabível acolher sua pretensão. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR ARBITRADO COM OBSERVÂNCIA AOS PRECEITOS DOS §§ 3º E 4º DO ARTIGO 20 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MINORAÇÃO INDEVIDA. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Cível n. 2011.055456-9, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. em 11/7/2013) (original sem grifos).

Ainda deste Pretório: Agravo de Instrumento n. 2013.008767-9, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. em 12/11/2013; Apelação Cível n. 2007.048814-0, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 17/6/2008.

Assim, tendo em vista a imprescindibilidade da tradução juramentada para que o Conhecimento de Embarque tivesse eficácia como prova, não restou outra opção à autora, ora apelada, além de adiantar seu pagamento a fim de possibilitar sua produção e juntada aos autos.

Regula a distribuição na sentença dos custos adiantados no decorrer do processo pela parte vencedora o art. 20 do Código de Processo Civil. *Ipsis litteris*:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

[...]

§ 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.

[...] (original sem grifo)

Através da análise de citado dispositivo, constata-se a hialina intenção do legislador de determinar que a totalidade das importâncias dispendidas antecipadamente para instruir o processo devam ser ressarcidas pelo vencido.

Nesta senda, somando-se a imperiosidade da tradução juramentada do Conhecimento de Embarque para que este contasse com eficácia probatória à melhor hermenêutica do art. 20, *caput*, e §2º, do Diploma Processual Civil, conclui-se pela necessidade de atribuição das custas do tradutor juramentado à recorrente.

Por isso, a condenação da apelante ao pagamento das custas de Tradução Juramentada deve ser mantida.

Honorários Advocatícios

Por fim, busca a apelante minorar os honorários advocatícios fixados pela sentença em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Sabe-se que o magistrado, ao fixar a verba honorária deve observar as peculiaridades do caso, consoante o § 3º do art. 20 do Diploma Processual Civil. *Ipsis litteris*:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

De acordo com esta norma a remuneração do advogado do vencedor deve manter conformidade com a sua dedicação à causa, a dificuldade geográfica do processo, bem como a natureza, extensão e complexidade que o caso opôs ao seu trabalho.

Versam os autos, conforme dito, acerca de ação de cobrança de *demurrage* devida em decorrência da devolução de contêineres de transporte marítimo após o fim do prazo de franquia. Como se percebe, trata-se de matéria notoriamente complexa e específica, em cuja atuação é mister conhecimento aprofundado da matéria.

Na hipótese, ainda, verifica-se que o patrono da apelada possui endereço profissional na cidade de São Paulo (SP), enquanto o julgamento do processo ocorreu na comarca de São José, neste Estado de Santa Catarina, o que, como é sabido, dificulta consideravelmente sua atuação em termos de logística.

Ademais, depreende-se que não foi possível o julgamento antecipado da lide, realizando-se audiências, traduções, oitiva de testemunhas por carta precatória, produção extensiva de prova documental, entre outras peculiaridades que exigem consideráveis tempo e dedicação do profissional.

Por fim, há que se anotar que esta demanda foi ajuizada em 7/12/2005, ou seja, reivindica o trabalho do representante da apelada há mais de 8 anos.

Desta forma, ponderando-se a especificidade da matéria e o considerável valor econômico guerreado, a irreparável dedicação do patrono, o fato de que a sede de seu escritório diverge da comarca em que o processo foi julgado, a dilação probatória que se fez necessária e, finalmente, o lapso temporal desde o ajuizamento da ação, conclui-se pela impossibilidade de minoração da verba honorária estabelecida pela sentença.

Mantém-se, portanto, os honorários de sucumbência na proporção de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, considerando-se as particularidades da demanda.

Ante todo o exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

É o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2013.052787-4, de Sombrio

Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, CUMULADA COM PEDIDOS DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INSCRIÇÃO DO NOME DA DEMANDANTE EM CADASTROS DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS RÉ. DEFENDIDA LEGALIDADE DA NEGATIVAÇÃO, AO ARGUMENTO DE QUE A AUTORA ASSINOU CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E NOTA PROMISSÓRIA NA CONDIÇÃO DE DEVEDORA SOLIDÁRIA DE CONSORCIADO QUE SE TORNOU INADIMPLENTE. TESE REPELIDA. ASSINATURAS APOSTAS EM CAMPOS DESTINADOS AO CÔNJUGE DO AVALISTA. OUTORGA UXÓRIA. ART. 1.647, INC. III, DO CÓDIGO CIVIL. ATO QUE NÃO VINCULA O SUBSCRITOR AO TÍTULO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELO DÉBITO. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. DANO MORAL CONFIGURADO. CONDENAÇÃO DA RÉ QUE SE IMPÕE. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE REDUÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. NÃO ACOHLIMENTO. MONTANTE FIXADO (R\$ 10.000,00) QUE NÃO SE AFIGURA EXCESSIVO, FACE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA QUE PERDUROU POR QUASE 2 (DOIS) ANOS. OBSERVÂNCIA À GRAVIDADE DA CONDUTA E À EXTENSÃO DOS DANOS. SENTENÇA ESCORREITA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.052787-4, da Comarca de Sombrio (1ª Vara), em que é apelante Menegalli Administradora de Consórcios Ltda. e apelada Vilma Ramos da Silva:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Camargo Costa (Presidente) e a Exma. Sra. Des.^a Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 3 de abril de 2014.

Tulio Pinheiro

RELATOR

RELATÓRIO

Perante o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Sombrio, Vilma Ramos da Silva ajuizou ação declaratória de inexistência de débito, cumulada com pedidos de indenização por danos morais e antecipação de tutela, em face de Menegalli Administradora de Consórcios Ltda., autuada sob o n 069.12.003327-3.

Na peça inicial, asseverou, em síntese, que teve seu nome inscrito nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito a pedido da requerida, sendo que jamais travou qualquer relação com esta. Com base nisso, requereu, em sede de antecipação de tutela, fosse a ré compelida a promover a exclusão de seu nome dos cadastros restritivos, sob pena de multa diária de R\$ 200,00. No mérito, postulou o reconhecimento da inexistência da dívida, bem como a condenação da demandada à indenização por danos morais.

Citada, a requerida apresentou resposta, na forma de contestação. Na ocasião, alegou, em suma, que a autora consentiu em ser devedora solidária do consorciado Vanderlei Ramos da Silva, ao assinar o “contrato de alienação fiduciária” (acostado à fl. 39), a nota promissória (juntado à fl. 42) e a ficha cadastral à fl. 28. Assim, diante do inadimplemento contratual por parte do consorciado, não haveria irregularidade em promover a negativação do nome da autora.

Na seqüência, o MM. Juiz Daniel Lazzarin Coutinho sentenciou antecipadamente o feito, julgando procedentes os pedidos iniciais, o que o fez nos seguintes termos:

(...) Ante o exposto, confirmo a decisão de fls. 16-17 e, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados por Vilma Ramos da Silva em face de Menegalli Administradora de Consórcio Ltda. para: (a) declarar a inexistência da dívida discutido na presente demanda; e (b) condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00, corrigida monetariamente a partir desta data pelo INPC, acrescida de juros de mora de 1% ao mês (art. 406 do CC *c/c* art. 161, § 1º, do CTN) desde o evento danoso danoso (20-10-2010) , nos termos da Súmula 54 do STJ.

Condeno o requerido, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 20% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil. (...) (fl. 76).

Irresignada, a requerida interpôs este recurso de apelação. Nas razões do inconformismo, postula a reforma da sentença, a fim de que seja julgada improcedente a demanda. Para tanto, repisa a tese de que a demandante assinou como devedora solidária o contrato de alienação fiduciária acostado à fl. 39, a nota promissória à fl. 41 e a ficha cadastral à fl. 28, de modo que, uma vez inadimplido o contrato pelo consorciado avalizado, não haveria ilegalidade na negativação. Subsidiariamente, pug-

na, para que seja reduzida a quantia fixada a título de indenização por danos morais.

Recebido o apelo, foram os autos remetidos a esta Corte, sem contrarrazões.

Em sessão realizada no dia 03.10.2013, a Segunda Câmara de Direito Civil, em acórdão relatado pelo Exmo. Des. Trindade dos Santos, declinou da competência para o processamento e julgamento do recurso e determinou a redistribuição deste para uma das Câmaras de Direito Comercial.

A seguir, vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

A irresignação, adianta-se, não merece prosperar.

Antes de se adentrar na análise do mérito, necessário breve retrospecto da marcha processual.

Na peça inicial, a parte autora alegou, em síntese, que teve seu nome indevidamente negativado pela ré, posto que jamais teria firmado com esta qualquer contrato. Com base nisso, postulou o reconhecimento da inexistência da relação comercial e a condenação da ré ao pagamento de indenização pelos danos morais ocasionados.

Em contestação, a requerida afirmou que a autora figurou como devedora solidária em favor do consorciado Vanderlei Ramos da Silva e que, diante do inadimplemento contratual por parte deste, promoveu, de maneira regular, a inscrição do nome daquela nos cadastros restritivos. Para corroborar o alegado, acostou à peça de defesa “contrato de alienação fiduciária” (fl. 39), nota promissória (fl. 42) e ficha cadastral (fl. 28), todos assinados pela demandante.

Na decisão combatida, o magistrado de origem julgou procedentes os pedidos iniciais. Entendeu o douto sentenciante que as assinaturas apostas pela autora nos documentos apresentados tratam-se, apenas, de outorga uxória, prestadas para fins de perfectibilizar o aval prestado por seu cônjuge, este sim, devedor solidário tanto no contrato de alienação fiduciária quanto na nota promissória.

Nas razões do presente reclamo, a apelante reprisa as alegações lançadas na peça contestatória.

Pois bem. Compulsando os autos, tem-se que razão não lhe assiste.

Isto porque, tanto no contrato de alienação fiduciária juntado à fl. 39 quanto na nota promissória à fl. 42 a assinatura da demandante encontra-se no campo denominado “cônjuge”, ao lado, no caso do primeiro, e abaixo, no caso da nota promissória, da assinatura de seu marido, aposta, em ambos os casos, em campo denominado “devedor solidário”.

É lícito concluir, portanto, que a firma da autora se deu, unicamente, para cumprir a exigência contida no art. 1.647, inc. III, do Código Civil, segundo o qual nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta, prestar fiança ou aval.

Ademais, *“havendo dúvida no caso concreto, aplica-se o artigo 114 do Código Civil: trata-se de ato benéfico e, portanto, demanda interpretação restritiva. Assim, a assinatura que é posta depois ou em baixo, por sua localização, deve ser interpretada como mera autorização e não como outro aval: pressupõe-se que a primeira ou a superior seja representativa do aval, e a segunda ou a inferior representativa da autorização”* (MAMEDE, Gladson. Títulos de crédito, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, pág. 103).

No que toca à ficha cadastral junto à fl. 48, tal documento, embora subscrito, de fato, pela demandante, não faz qualquer menção ao contrato ora em debate, não bastando, portanto, para vincular as partes.

Dito isso, cumpre ressaltar que “*A simples outorga uxória do cônjuge não gera responsabilidade e obrigação como se avalista fosse, não podendo ser responsabilizado e ter seu nome negativado nos Órgão de Proteção ao Crédito.*” (Apelação Cível n. 2012.076154-5, rel. Des. Saul Steil).

A propósito, colhe-se dos ensinamentos de Arnaldo Rizzardo:

(...) Assim, tanto quanto se exige na fiança, para o cônjuge prestar aval é necessária a outorga do outro cônjuge. Havendo a autorização, permanece válida a garantia. Não responde com seus bens aquele que concedeu a autorização. Unicamente torna válido o contrato. Inexistindo o consentimento, desaparece a validade, habilitando-se o outro cônjuge a pleitear a invalidação. Ou seja, o cônjuge que dá autorização para que seu consorte preste aval não é fiador nem avalista, uma vez que somente o autorizado ostenta tal qualidade. (...) (Título de Crédito. 3ª ed. - Rio de Janeiro : Forense, 2011, p. 86) (sublinhou-se)

Ainda nesse sentido, cita-se precedente desta Corte:

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - INCONFORMISMO DE AMBAS AS PARTES. RECLAMO DA RÉ. SUSTENTADA A REGULARIDADE DA INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO E, PORTANTO, A AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR - TESE RECHAÇADA - CÔNJUGE DE FIADOR QUE ASSINOU O CONTRATO DE MÚTUO EM DECORRÊNCIA DA NECESSIDADE DE OUTORGA UXÓRIA - EXIGÊNCIA PREVISTA NO ART. 1.647, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL - SIMPLES FORMALIDADE LEGAL QUE NÃO A TORNA RESPONSÁVEL PELO ADIMPLEMENTO DO DÉBITO - ILÍCITO CARACTERIZADO - EXEGESE DOS ARTIGOS 186 E 927 DO CC - SENTENÇA

MANTIDA. (...) (Apelação Cível n. 2012.082511-7, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 06.06.2013) (grifou-se).

Assim, à luz das considerações acima, tem-se que agiu com acerto o magistrado de origem, ao reconhecer a inexistência de relação negocial entre as partes e, por conseguinte, condenar a ré a indenização pelos danos morais (presumidos) ocasionados à autora em virtude da negativação indevida.

No que toca à valoração dos danos morais, prepondera na jurisprudência entendimento segundo o qual a condenação deve ser fixada em atenção: às circunstâncias específicas do evento danoso, à condição econômico-financeira das partes, à gravidade e repercussão da ofensa, ao viés pedagógico e inibitório da sanção, e, por fim, ao *“bom senso, para que a indenização não seja extremamente gravosa, a ponto de gerar um enriquecimento sem causa ao ofendido, nem irrisória, que não lhe propicie uma compensação para minimizar os efeitos da violação ao bem jurídico”* (Apelação Cível n. 2010.064477-9, rel.^a Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

No caso, como visto, a apelante promoveu a inscrição do nome da autora nos cadastros de maus pagadores, em razão de dívida inexistente, relativa a relação contratual (de aval) que jamais existiu.

Inferese dos autos que a negativação perdurou de 20.10.2010 (fl. 11) até 27.08.2012 (fl. 65), ou seja, a autora permaneceu por quase 2 (dois) anos com seu nome “sujo”.

Indiscutíveis, portanto, a gravidade do ilícito praticado e a extensão considerável dos danos.

A autora conta, hoje, com 65 (sessenta e cinco) anos de idade (fl. 9) e, segundo alegou, percebe a remuneração mensal líquida de R\$ 436,00

(quatrocentos e trinta e seis reais) (fl. 15). A requerida, por sua vez, se trata de administradora de consórcios, não havendo nos autos, porém, elementos para se aferir seu aporte financeiro.

Levando-se em conta os parâmetros anteriormente enumerados, bem como as circunstâncias do caso concreto, não se verifica excesso no valor arbitrado na decisão combatida - R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Ante o exposto, deve ser negado provimento ao recurso.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2014.005682-8, de Forquilha

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL. SENTENÇA QUE JULGA IMPROCEDENTE A PRETENSÃO VAZADA NA EXORDIAL. INSURGÊNCIA DO AUTOR.

DANO MATERIAL. DEMANDANTE QUE É INSTADO A QUITAR DÍVIDA DE EMPRESA, DA QUAL NÃO MAIS COMPÕE O QUADRO SOCIETÁRIO. AUTOR QUE, POR MEIO DE ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL, PROMOVE A CESSÃO DE SUAS COTAS. INOCORRÊNCIA DE AVERBAÇÃO DO DOCUMENTO PERANTE A JUNTA COMERCIAL. CIRCUNSTÂNCIA QUE FAZ COM QUE O CONTRATO APENAS VINCULE AS PARTES QUE O SUBSCREVERAM. NEGÓCIO JURÍDICO FIRMADO TANTO PELO SUPPLICANTE QUANTO PELOS RÉUS, OS QUAIS COMPÕEM O QUADRO SOCIETÁRIO DA EMPRESA. OBSERVADO DEVER DOS REQUERIDOS PAGAR AO REQUERENTE O MONTANTE QUE DESPENDEU EM RAZÃO DAS DÍVIDAS SOCIETÁRIAS. DECISÃO REFORMADA.

DANO MORAL. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS PRESENTES. AUTOR QUE, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE ANOTAÇÃO DA MODIFICAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL, PASSA A RESPONDER POR DÍVIDAS DA SOCIEDADE. DEMANDANTE QUE, UMA VEZ SUBMETIDO À EXECUÇÃO FISCAL POR DÉBITOS EMPRESARIAIS, PROMOVE SUCESSIVOS ATOS PARA TENTAR PROTEGER O SEUS BENS. RESTRIÇÃO AO PATRIMÔNIO QUE NÃO PODE SER CARACTERIZADA COMO MERO DISSABOR. PREJUÍZO MORAL CONFIGURADO. IMPERATIVO DEVER DE INDENIZAR. EXEGE-

SE DOS ARTS. 186 E 927, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. FIXAÇÃO DO DANO MORAL. OBSERVADA EXISTÊNCIA DE CULPA CONCORRENTE. CONSTATAÇÃO DE QUE AMBAS AS PARTES PODERIAM TER ADOTADO POSTURA ATIVA PARA PROMOVER A AVERBAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.151 DO CC/02. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENITÁRIO DE ACORDO COM AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS INCIDENTES A CONTAR DO EVENTO DANOSO. CORREÇÃO MONETÁRIA PELO INPC A PARTIR DO PRESENTE JULGAMENTO.

ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. RESPONSABILIDADE INTEGRALMENTE ATRIBUÍDA AOS RÉUS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA REMUNERATÓRIA ARBITRADA DE ACORDO COM OS DITAMES DO ART. 20, § 3^a, ALÍNEAS “A”, “B” E “C”, DO CÓDIGO BUZAID.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.005682-8, da Comarca de Forquilha, em que é apelante Ademar João Back, e apelados Vanilda Pereira Preis e outro:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento ao Recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Inácio Schaefer.

Florianópolis, 18 de março de 2014.

Carstens Köhler

RELATOR

RELATÓRIO

Ademar João Back interpôs Recurso de Apelação (fls. 612-622) contra a sentença prolatada pelo Magistrado *a quo* que, na ação de indenização por danos materiais e danos morais n. 166.11.000931-7, julgou improcedente a pretensão vazada na exordial, condenado o Autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais foram fixados em R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais) – fls. 754-758.

Nas razões recursais, o Inconformado aduziu, em síntese, que: a) a alteração contratual, mesmo quando não registrada na Junta Comercial, vincula as Partes que a subscreveram; b) ao tempo da celebração do instrumento contratual a Empresa não possuía qualquer dívida, circunstância, inclusive, admitida por Waldir Preis, de modo que os sócios remanescentes deveriam arcar com as despesas contraídas posteriormente à sua retirada da sociedade; c) como o contrato não foi registrado oportunamente, não pode opor-se à cobrança do fisco, contudo a avença rege a situação jurídica das Partes que integraram o negócio jurídico, o que resulta na sua desobrigação quanto aos débitos posteriores a sua saída da sociedade; d) os Requeridos devem pagar R\$ 17.862,61 (dezesete mil, oitocentos e sessenta e dois reais e sessenta e um centavos), quantia que corresponde ao valor que pagou em decorrência de dívidas contraídas posteriormente à sua retirada da sociedade; e) os Réus devem ser condenados ao pagamento de indenização por danos morais; e f) os ônus de sucumbência devem ser invertidos.

As contrarrazões não foram oferecidas (fl. 777).

É o necessário escorço.

VOTO

1 Considerações iniciais

Para possibilitar maior compreensão do debate travado nos autos, cumpre apresentar, ainda que de forma sucinta, os atos processuais que precederam a prolação da sentença objeto da Insurgência.

Extrai-se da peça inaugural que em 5-8-1992 o Autor tornou-se sócio da empresa Beton Artefatos de Cimento e Construção Ltda., época em que o réu Waldir Preis já compunha o quadro social da mesma. No entanto, empós 03 (três) anos, vendeu seus cotas para requerida Vanilda Pereira, cujo negociação que foi formalizada em 22-8-1995 por meio da 3ª Alteração Contratual.

Ocorre que, segundo os relatos da exordial, o Autor foi surpreendido por sucessivas cobranças de multa tributária inadimplida pela Empresa. Somente empós ser impelido a pagar esses débitos que o Requerente tomou conhecimento de que os Requeridos não apresentaram o referido instrumento contratual na Junta Comercial para a devida averbação.

Diante desses fatos, o Demandante postula o ressarcimento dos valores que pagou em decorrência da dívida da Empresa e a condenação dos Réus ao pagamento de indenização por dano moral. Para tanto, argumenta que:

a) somente perante terceiros continua vinculado a responder pelos débitos da Empresa, pois, embora a alteração do contrato social não tenha sido encaminhada à Junta Comercial, seus termos vincularam as Partes que a subscreveram, de modo que os Requeridos devem arcar com as despesas;

b) a partir de 22-5-1995 os Réus passaram a administrar a Empresa, passando a responder por seus débitos;

c) as dívidas que pagou dizem respeito a período posterior à cessão de suas cotas para a ré Vanilda Pereira; e

d) conquanto jamais tenha tido qualquer dívida em seu nome, não

pode mais manter sua conta-bancária em razão dos bloqueios judiciais determinados para saldar o débito da Empresa, o que revela ser inequívoco o transtorno moral experimentado com a situação narrada na inicial provocada pela inércia dos Suplicados quanto à averbação da alteração contratual perante a Junta Comercial.

Por ocasião do oferecimento da contestação, os Réus sustentaram a existência de culpa concorrente das Partes em relação aos fatos delineados na peça inaugural, já que, além de não ter procedido o registro da alteração contratual, o Autor não tomou qualquer providência imediata quando seu patrimônio foi objeto de constrição judicial. Assim, não cabe ao Suplicante postular verba indenizatória a título de danos morais e materiais.

Os Réus ainda assumiram “exclusivamente, a responsabilidade para o adimplemento dos débitos verificados em nome da sociedade empresária em nada participando o Autor para com tais pagamentos, senão mediante o bloqueio judicial promovido em conta bancária, o qual será alvo de restituição” (fl. 162, destaques no original).

Às fls. 724 e 739 foi realizada a oitiva do réu Waldir Preis e de Fernando Fernando Ars, contador da empresa Beton Artefatos de Cimento e Construção Ltda.

As alegações finais foram oferecidas às fls. 742-746 e 749-753.

Analisando as questões que lhe foram submetidas, o Julgador *a quo* julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando o Requerente ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes no patamar de R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais).

É justamente sobre essa decisão que recai a argumentação recursal.

Feitas as devidas considerações, passa-se ao enfoque do Inconformismo, o qual, como se verificará adiante, será parcialmente provido.

2 Da indenização por danos materiais

Alega o Autor que, embora não tenha ocorrido a averbação da 3ª alteração do contrato social da empresa Beton Artefatos de Cimento e Construção Ltda. dando conta da sua retirada do quadro societário, o instrumento contratual vincula as Partes que o subscreveram, de modo que não pode ser responsabilizado por dívidas posteriores à sua saída da sociedade.

A razão está ao seu lado.

Conforme consta na 3ª Alteração do Contrato Social da empresa Beton Artefatos de Cimento e Construção Ltda., o autor Ademar João Back cedeu suas cotas para Vanilda Pereira, os quais, juntamente com o sócio Waldir Preis e 02 (duas) Testemunhas, subscreveram o negócio jurídico.

O art. 1.057, parágrafo único, do Código Civil dispõe que:

Art. 1.057. Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua *quota*, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social.

Parágrafo único. A cessão terá eficácia quanto à sociedade e terceiros, inclusive para os fins do parágrafo único do 1.003, a partir da averbação do respectivo instrumento, subscrito pelos sócios anuentes.

Outrossim, o art. 1.003 do CC/02 – aplicável ao caso concreto por força do art. 1.053, parágrafo único – reza que, até dois anos após a averbação da alteração contratual, o cedente responde solidariamente com a cessionária pelas obrigações que tinha à época na qualidade de sócio:

Art. 1.003. A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade.

Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.

(grifou-se).

Quanto ao tema, destacam-se os ensinamentos de Sérgio Campino:

A cessão total ou parcial da *quota* social por parte de um dos sócios, para ser oponível aos demais e à própria sociedade, exige a observância necessária de dois requisitos: o consentimento de todos os sócios e a correspondente alteração do contrato social para traduzir o ingresso do cessionário (artigo 1.003).

Sem que tais condições se verifiquem, a cessão é ineficaz em relação aos demais sócios e à sociedade. Sua eficácia ficará restrita às partes signatárias do instrumento de cessão, razão pela qual o cessionário que não consiga efetivar o seu ingresso no quadro social, por falta do concurso de um dos requisitos, terá, em tese, ação contra o cedente para ver-se devidamente ressarcido.

Para o ato produzir efeitos perante terceiros estranhos ao quadro social, mister se faz que a alteração do contrato social com o assentimento de todos os demais sócios seja averbada na inscrição da sociedade perante o órgão competente. O registro, nesta hipótese, passa a ser imprescindível.

(*O direito de empresa*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 108, destacou-se).

Ocorre que, de acordo com os relatos de ambas as Partes, não houve averbação do instrumento que modificou o quadro social de Beton Artefatos de Cimento e Construção Ltda.

No entanto, essa circunstância não tem o condão de atribuir ao

Autor o ônus de arcar com débitos relacionados à atividade empresarial. É que, muito embora não seja oponível a terceiros, tal como a Fazenda Pública, o instrumento contratual de fls. 23-24 tem eficácia perante os Requeridos.

E tal conclusão é alcançada pela constatação de que o autor Ademir João Back (ex-sócio/cedente) e os suplicados Vanilda Pereira Preis (cessionária e atual sócia) e Waldir Preis assinaram o ajuste intitulado de “Terceira Alteração Contratual” (fl. 23), por meio do qual a cessão de cotas, demonstrando ser inequívoco o conhecimento de todos os atuais sócios – leia-se, os Réus – acerca a negociação que afastou o Suplicante do quadro social da Empresa.

Aflora, portanto, que os Recorridos tinham ciência inequívoca de que a partir da assinatura da modificação contratual de fls. 23-24 o Apelante não tinha mais qualquer relação com a atuação da Empresa.

Aliado a isso, tem-se que os Demandados expressamente mencionaram na exordial que o Autor não tem qualquer responsabilidade pelo pagamento dos débitos empresariais que lhe foram exigidos. Confira-se:

De outra sorte, assumiram os Réus, exclusivamente, a responsabilidade para com o adimplemento dos débitos verificados em nome da sociedade empresária, em nada participando o Autor para com tais pagamentos, senão mediante o bloqueio judicial promovido em sua conta bancária, o qual será alvo de restituição por parte dos Réus ou, ainda, mediante o total adimplemento do montante verificado junto à lide de origem (despacho judicial proferido às fl. 110 da AEXF 4089/07).

(fl. 162, destaques no original).

Frente o quadro desenhado, a não ocorrência da averbação da alteração do contrato social de fls. 23-24 na Junta Comercial não constitui óbice ao afastamento da responsabilidade do Autor, perante aos Sócios

– e apenas eles – em relação às dívidas da Empresa.

Brota, portanto, que os Requeridos devem indenizar ao Autor os prejuízos materiais reclamados na exordial, tendo em vista que, além de o instrumento contratual de fls. 23-24 ter eficácia perante os Réus, os próprios Demandados afastaram expressamente a responsabilidade do Suplicante de arcar com os débitos da sociedade que lhe foram exigidos pela Fazenda Pública.

É importante enfatizar que o posicionamento ora adotado em nada modifica a situação jurídica do Autor perante Terceiros, visto que a presente demanda trata exclusivamente da eficácia da 3ª Alteração Contratual perante as Partes.

Às fls. 675-703 o Requerente apresentou os comprovantes de pagamentos que efetuou, cuja soma alcança o patamar de R\$ 16.031,78 (dezesseis mil e trinta e um reais e setenta e oito centavos). Confira-se:

R\$ 361,31 (fl. 675)	R\$ 528,93 (fl. 691)
R\$ 596,78 (fl. 678)	R\$ 214,91 (fl. 693)
R\$ 601,11 (fl. 679)	R\$ 652,60 (fl. 694)
R\$ 604,87 (fl. 680)	R\$ 661,14 (fl. 695)
R\$ 608,86 (fl. 681)	R\$ 655,10 (fl. 696)
R\$ 2.915,89 (fl. 682)	R\$ 252,14 (fl. 697)
R\$ 280,71 (fl. 683)	R\$ 574,64 (fl. 698)
R\$ 528,54 (fl. 685)	R\$ 582,14 (fl. 699)
R\$ 528,54 (fl. 686)	R\$ 589,15 (fl. 700)
R\$ 532,38 (fl. 687)	R\$ 577,94 (fl. 701)
R\$ 535,71 (fl. 688)	R\$ 1.095,91 (fl. 702)
R\$ 539,24 (fl. 689)	R\$ 467,60 (fl. 703)
R\$ 545,64 (fl. 690)	Total: R\$ 16.031,78

Atente-se que os recibos de fls. 677, 683 e 692 não foram incluídos no cálculo, pois, conforme consta na planilha de fls. 673-674 formulada pelo Apelante, esses pagamentos foram efetuados por Valdir.

Ao valor total da tabela acima elaborada, é necessário acrescentar R\$ 2.055,62 (dois mil e cinquenta e cinco reais e sessenta e dois centavos) correspondentes ao bloqueio judicial de fls. 128-129, os quais foram convertidos em renda da União (fl. 305).

Por óbvio, a sentença deve ser reformada para condenar os Suplicados ao pagamento de indenização por danos materiais correspondente às quitações realizadas pelo Autor que, conforme já mencionado, alcançam o patamar de R\$ 18.087,40 (dezoito mil e oitenta e sete reais e quarenta centavos).

No mais, registre-se que a referida quantia deverá ser corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, ambos a partir do desembolso do valor de cada pagamento efetuado pelo Requerente.

3 Da indenização por danos morais

Almeja o Recorrente a condenação dos Demandados ao pagamento de indenização por dano moral. Para tanto, argumenta que (a) os Suplicados não arcaram com dívida que era de sua exclusiva responsabilidade; (b) continua tendo que efetuar pagamentos decorrentes de débitos da Empresa; (c) seu nome foi vinculado à operações empresariais cujo conteúdo não tem conhecimento, mesmo quando já havia saído da sociedade há mais de 16 (dezesesseis) anos; e (d) a situação em que se encontra é inédita, pois, embora nunca tenha inadimplido obrigações adquiridas, não pode manter sua conta bancária em virtude das inúmeras cobranças realizadas em seu nome.

O pedido deve ser albergado em parte.

Para poder ser verificada a existência de dever indenizar, é necessário examinar a quem incumbiria promover a averbação da alteração do contrato social.

Não há dúvida de que a modificação do contrato social deve ser averbada ao registro da Empresa perante a Junta Comercial. Quanto ao tema, merece destacar os preceitos do art. 999, parágrafo único, do Código Civil, cuja aplicação ao caso concreto decorre do art. 1.053 deste mesmo Diploma Legal:

Art. 999. As modificações do contrato social, que tenham por objeto matéria indicada no art. 997, dependem do consentimento de todos os sócios; as demais podem ser decididas por maioria absoluta de votos, se o contrato não determinar a necessidade de deliberação unânime.

Parágrafo único. Qualquer modificação do contrato social será averbada, cumprindo-se as formalidades previstas no artigo antecedente.

(grifou-se).

E no que diz respeito à incumbência de promover a averbação, os arts. 1.150 e 1.151, ambos do Código Buzaid dispõem:

Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.

Art. 1.151. O registro dos atos sujeitos à formalidade exigida no artigo antecedente será requerido pela pessoa obrigada em lei, e, no caso de omissão ou demora, pelo sócio ou qualquer interessado.

(grifou-se).

Desta forma, como *in casu* não há qualquer previsão legal acerca de quem teria o encargo de realizar a averbação e também não há na 3ª Alteração Contratual (fls. 23-24) qualquer menção a esse respeito, conclui-se que os Réus – e o Autor, na omissão desses – poderiam ter adotado postura ativa para satisfazer as exigências do art. 999, parágrafo único, do CC.

Ressalte-se que, uma vez constatada a responsabilidade civil dos Réus, será levado em consideração na quantificação da indenização o fato de o Requerente ter concorrido culposamente para o evento danoso ora sob enfoque, nos termos do art. 945 da Lei 10.406/02.

Atingida essa ilação, é necessário verificar se os Réus incorrem na responsabilidade civil por ato ilícito.

Consoante o art. 186 do Código Civil, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Já o art. 927 do mesmo Diploma Legal preconiza “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Os pressupostos da responsabilidade civil aquiliana são: (1) ação ou omissão, (2) culpa ou dolo do agente, (3) nexos causal e (4) dano.

De acordo com o já explanado, os Requeridos poderiam ter realizado a averbação da modificação contratual. No entanto, atuando com negligência, omitiram-se e, em consequência disso, a pessoa jurídica se apresentou a terceiros contendo o Autor no seu quadro social, mesmo após a sua inequívoca saída da Sociedade. Afinal, perante terceiros a Sociedade atua com a configuração conforme consta do respectivo registro, o qual, segundo exaustivamente mencionado, não foi alterado.

Logo, não há dúvida acerca da postura omissiva e culposa dos Suplicados.

Também está presente o nexo causal, pois, com observância à teoria da causalidade adequada, a omissão dos Réus é apta a ocasionar os prejuízos experimentados pelo Autor.

Quanto ao tema, merece destacar os ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

2.2 Teoria da causalidade adequada

Esta teoria, desenvolvida a partir das idéias do filósofo alemão VON KRIES, posto não seja isenta de críticas, é mais refinada do que a anteriores, por não apresentar algumas de suas inconveniências.

Para os adeptos desta teoria, não se poderia considerar causa “toda e qualquer condição que haja contribuído para a efetivação do resultado”, conforme sustentado pela teoria da equivalência, mas sim segundo um juízo de probabilidade, apenas o *antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso*, ou, como que CAVALIERI, “causa, para ela, é o antecedente, não só necessário, mas, também adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada para produzir o evento”.

(*Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 88, grifos no original).

Por óbvio, a partir do enfoque dos autos é possível extrair que o Autor sofreu prejuízos morais em razão da conduta omissiva dos Réus.

Exsurge que o Suplicante figura como Devedor em execuções fiscais destinadas a obter o pagamento de obrigações inadimplidas pela Sociedade, da qual o Requerente não faz parte desde 22-8-1995.

Com o desenrolar desses feitos executivos ocorreram restrições ao patrimônio do Suplicante, visto que resultaram na impossibilidade de o mesmo exercer a administração diária de sua conta bancária conforme

o seu intento – pois foram realizadas constrições judiciais do dinheiro constante em sua conta-corrente – e na restrição da disponibilidade de bem imóvel de sua propriedade (fl. 414).

Diante desse quadro, é certo que constantemente o ora Apelante é submetido a incômodos e dissabores de ordem moral, visto que está por quase 06 (seis) anos atuando de modo a defender o seu patrimônio nas execuções fiscais em razão de dívidas com as quais não possui qualquer relação.

Uma vez, reconhecida a ilegalidade da conduta dos Réus e o abalo moral suportado pelo Requerente, passa-se à análise *quantum* indenitário.

Para tanto, traz-se à colação a doutrina de Humberto Theodoro Júnior quanto aos critérios a serem observados quando do arbitramento da indenização por dano moral:

[...] nunca poderá o juiz arbitrar a indenização do dano moral tomando como base tão somente o patrimônio do devedor. Sendo a dor moral insuscetível de uma equivalência com qualquer padrão financeiro, há uma universal recomendação, nos ensinamentos dos doutos e nos arestos dos tribunais, no sentido de que “o montante da indenização será fixado equitativamente pelo Tribunal” (Código Civil Português, . 496, inciso 3).

[...] E, para aproximar-se do arbitramento que seja prudente e equitativo, a orientação maciça da jurisprudência, apoiada na melhor doutrina, exige que o arbitramento judicial seja feito a partir de dois dados relevantes:

a) o nível econômico do ofendido; e

b) o porte econômico do ofensor; ambos cotejados com as condições em que se deu a ofensa (STJ, 4ª T., Resp. 6.048-0/RS, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, ac. 12-5-1992, inLex-JSTJ, 37/55).

[...] Para cumprir a tarefa de um arbítrio prudente e equitativo, na difícil missão de dar reparação ao dano moral, sem cair na pura arbitrariedade, adverte a boa doutrina que:

“Ao fixar o valor da indenização, não procederá o juiz como um fantasiador, mas como um homem de responsabilidade e experiência, examinando as circunstâncias particulares do caso e decidindo com fundamento e moderação. Arbítrio prudente e moderado não é o mesmo que arbitrariedade” (OLIVEIRA DEDA, Enciclopédia Saraiva, cit., vol. 22., p. 290).

Se, à falta de critérios objetivos da lei, o juiz tem de se valer da prudência para atender, em cada caso, às suas peculiaridades assim como à repercussão econômica da indenização pelo dano moral, o certo é que o valor da condenação, como princípio geral, “não deve ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno que se torne inexpressivo” (TJMG, Ap. 87.244-3, Rel. Des. BADY CURTI, ac. 9-4-1992, inJurisprudência Mineira 118/161)”.

(*Dano moral*. 4ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 36-39, grifos no original).

E dos ensinamentos de Adolpho Paiva Faria Junior:

O que não pode ser admitido, louvado na discutida dificuldade de uma fixação exata, é deixar-se de impor ao agente causador a devida contrapartida reparatória ou compensatória, que seja e, a esse respeito, JOSÉ DE AGUIAR DIAS consigna:

“(...) não é razão suficiente para não indenizar, e assim beneficiar o responsável, o fato de não ser possível estabelecer equivalente exato, porque, em matéria de dano moral, o arbitrário é até da essência das coisas”.

Como visto, o *quantum*, a título de reparação por danos morais, não pode ter a mesma função como a de uma reparação por danos materiais, sabendo-se que, a este título, a recomposição do *status* quo ante é perfeitamente factível, ao passo que, para aquela, não, pois, impossível a recomposição do estado anterior à lesão, em se tratando de dano causado ao emocional da vítima.

[...] É de ser lembrada a extensão do interesse a ser reparado, mormente quando de dúvida sobre o valor a ser fixado. À mingua de outros parâmetros, de boa lembrança é o art. 948 do Código Civil revogado que dispunha: “Nas indenizações por fato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado”.

[...] É o caso *do in dubio pro creditoris*. A vítima há de ser indenizada de forma mais ampla e completa possível, pois é a parte mais fragilizada na relação e, por assim ser, é contemplada com o chamado “benefício da dúvida.

(Reparação civil do dano moral. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 80-82, grifos do original).

No caso concreto, algumas premissas podem ser firmadas, como se passa a listar:

a) por quase 06 (seis) anos o Autor está promovendo sucessivos atos para tentar preservar o seu patrimônio e a sua honra, haja vista que está submetido à execuções fiscais decorrentes de dívidas societárias de empresa da qual não é mais sócio;

b) não há notícia nos autos de que ambas as Partes possuem condição financeira vultosa;

c) em razão da negligência dos Suplicados, a pessoa jurídica à qual estão vinculados atuou perante Terceiros como se tivesse em seu quadro social o Demandante, o qual sequer teve conhecimento do conteúdo e das implicações de negócios firmados desde à época da sua saída da Sociedade; e

d) conforme ressaltado na contestação, não se pode perder de vista que o Requerente, nos termos do art. 1.151 do CC/02, poderia ter tomado postura ativa para fazer a devida anotação e impedir o prolongamento dos danos experimentados. Desta forma, uma vez que também se que- dou inerte, contribuiu culposamente para os prejuízos que suportou, a fixação do *quantum* indenizatório deverá observar o art. 945 do mesmo Diploma Legal.

Destarte, analisando as peculiaridades suso esmiuçadas, conde- nam-se os Réus ao pagamento de indenização por danos morais de R\$

8.000,00 (oito mil reais), eis que tal montante se mostra adequado para mitigar os danos sofridos pelo Demandante e para impingir o caráter punitivo necessário a coibir outras ações dos Réus no mesmo viés.

Impende ressaltar, ainda, que a indenização ora fixada deverá ser aditada de juros de mora de 1% ao mês a contar do evento danoso – 12-5-08 (fl. 125 verso), data em ocorreu a citação do Autor no processo executivo n. AEXF 04089-2007-053-12-00-8 – em que a inscrição se tornou indevida, e corrigida monetariamente pelo INPC a contar do presente julgamento, nos termos das Súmulas 54 e 362, ambas do STJ.

3 Dos ônus de sucumbência

Em razão da reforma do provimento jurisdicional vazado na primeira instância, necessário se faz a redistribuição dos ônus sucumbenciais.

Denota-se que a Suplicante obteve êxito parcial em seus os pedidos, pois houve reconhecimento do dever de reparação por danos materiais e morais, mas, em relação a este último, o *quantum* indenizatório foi mitigado em razão do reconhecimento da culpa concorrente do Autor, nos termos do art. 945 do CC.

Portanto, nos termos do art. 21, parágrafo único, do CPC, conclui-se que o Autor decaiu de parte mínima de seus pleitos, motivo pelo qual aos Réus é atribuída a responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios.

Pelo fato de a ação possuir natureza condenatória, o estipêndio advocatício deve obedecer a exegese do art. 20, § 3º, do Código Buzaid e suas alíneas, que dispõem *in verbis*:

A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também,

nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Observa-se que: a) a lide foi proposta em 30-5-11 e é marcada por considerável complexidade; b) o Causídico do Suplicante não atuou na mesma Comarca em que possui escritório profissional (fl. 14); e c) o Procurador do Autor fez-se presente nos momentos em que foi intimado e realizou um trabalho satisfatório, tanto é que o Recurso de Apelação ora sob enfoque será parcialmente acolhido.

Logo, condena-se os Requeridos ao pagamento de honorários de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, dá-se provimento ao Recurso para:

a) impor aos Réus pagamento de indenização por dano material no valor de R\$ 18.087,40 (dezoito mil e oitenta e sete reais e quarenta centavos), com os aditamentos elencados no item 2 da fundamentação;

b) condenar os Suplicados ao pagamento de indenização por dano moral no importe de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), devidamente acrescida de juros de mora de 1% ao mês a contar da data em que ocorreu o evento danoso e corrigida monetariamente pelo INPC a partir do presente julgamento; e

c) atribuir aos Demandados os ônus de sucumbência, nos balizamentos suso vazados.

Apelação Cível n. 2014.023222-2, de Lages

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR.

CABIMENTO DA DEMANDA. HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 335, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL, QUE FOI ALEGADA NA PEÇA EXORDIAL. DISCUSSÃO SOBRE A CORRESPONDÊNCIA COM A REALIDADE QUE CONSTITUI JUÍZO DE MÉRITO E NÃO PERMITE A EXTINÇÃO PREMATURA DO FEITO. ADEQUAÇÃO DA MEDIDA PROCESSUAL PROPOSTA.

MORA DO CREDOR. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO IMEDIATA QUANDO O DEMANDANTE NÃO OPTA POR TENTAR PREVIAMENTE A CONSIGNAÇÃO EXTRAJUDICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 890 A 900 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CASSAÇÃO DA SENTENÇA IMPERATIVA.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.023222-2, da 1ª Vara Cível da Comarca de Lages, em que é apelante José Moraci Borges, e apelado Banco Panamericano S.A.:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao Recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. José Inácio Schaefer e Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 29 de abril de 2014.

Carstens Köhler

RELATOR

RELATÓRIO

José Moraci Borges interpôs Recurso de Apelação (fls. 112-120) contra a sentença prolatada pelo Magistrado *a quo* que, nos autos n. 0800353-90.2013.8.24.0039, indeferiu a peça inaugural e extinguiu o feito, nos termos dos arts. 295, III e V, e 267, inciso I, ambos do CPC.

Nas razões recursais, o Insurgente aduz, em síntese, que: a) ao contrário do entendimento adotado pelo Juiz está propondo a consignação dos valores efetivamente contratados e atualizados de forma fiel segundo os parâmetros da avença; b) o Banco recusou-se a receber as prestações de acordo com as diretrizes do próprio ajuste celebrado entre as Partes; c) deve ser oportunizada a emenda da inicial, nos termos do art. 284 do CPC; d) adotou o procedimento correto para depositar judicialmente os valores devidos ao Réu; e) é cabível o depósito dos valores que entende devido, ainda que fossem menores do que o montante da parcela; f) requereu o depósito das prestações conforme os termos pactuados, visto que, quando teve ciência de que ajuizou ação revisional para discutir o teor do contrato, o Requerido impossibilitou o pagamento por meio de carnê, de modo a forçar a quitação por intermédio de escritório de cobrança; e g) já consignou o valor de R\$ 15.240,08 (quinze mil, duzentos e quarenta reais e oito centavos), não existindo parcelas vencidas, mas apenas a vencer.

Empós, os autos ascenderam a este grau de jurisdição.

É o necessário escorço.

VOTO

A Insurgência merece prosperar.

Exsurge do caderno processual que o Autor ajuizou ação de consignação em pagamento requerendo o depósito das parcelas mensais re-

lativas ao contrato de financiamento n. 40818185 vencidas em junho e julho de 2013, nos termos do art. 335, inciso I, do CPC, bem como das demais prestações que forem vencendo. Para tanto, aduziu, em resumo, que (fl. 2):

Conforme noticiado na inicial da referida demanda revisional, diante das sérias dificuldades financeiras vividas pelo demandante, o mesmo não conseguiu efetuar o pagamento das parcelas 31 e 32, vencidas em junho e julho de 2013 em vista dos encargos moratórios excessivos pretendidos pelo banco requerido, mantendo o pagamento das parcelas posteriores, conforme demonstra cópia dos pagamentos em anexo.

Importante salientar, que antes do ingresso da demanda revisional n. 039.13.017592-5, o autor contatou diretamente com o banco demandado com o intuito de resolver pagar as parcelas de junho e julho de 2013 pendentes, conduto, foi direcionado ao escritório de assessoria jurídica da casa bancária, pelo qual foi lhe solicitado valores exorbitantes para o pagamento das referidas parcelas, quantias essas que se aproximavam dos R\$ 6.000,00 (seis mil reais) cada parcelas [sic], com base em parâmetros totalmente diversos dos constantes no contrato para o período de inadimplência, motivo pelo qual o autor não teve condições de resolver administrativamente, vindo a ingressar com a demanda revisional.

Ressalta-se ainda a intenção do autor em pagar as parcelas atrasadas corrigidas e atualizadas pelos índices e encargos constantes no contrato sub judice (multa de 2%, juros de mora de 1% ao mês, comissão de permanência pela taxa cobrada na época, ou seja, 1,69%), o que na verdade ocorre, conforme se verifica pela planilha de cálculo anexo e as disposições contratuais (cláusula 15).

(grifou-se).

Conclusos os autos, o Julgador *a quo* indeferiu a inicial, fundamentando seu posicionamento, em síntese, na inadequação da via processual eleita à finalidade buscada e na ausência de comprovação da mora.

Confira-se o seguinte excerto da sentença:

É pacífico que a ação de consignação em pagamento é cabível quando o “credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma” (art. 335, I, do Código Civil). A mora do credor, portanto, “é pressuposto do pagamento por consignação” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 43. Ed. Rio de Janeiro, 2010, v. 3, p. 13).

Ora, no presente caso não existe qualquer prova de recusa de recebimento de valores, o que existe tão somente, é a ação do devedor, ora autor, buscando contornar a tutela antecipada indeferida, de consignar valores no montante que entende devidos, ou seja, inferiores aos contratados, e anote-se, conforme cópia da petição inicial da revisional, não existe qualquer indicativo concreto de que existe alguma irregularidade no contrato.

É evidente que a ação de consignação em pagamento não se presta para efetuar pagamento nos valores que entende devidos, sendo claro que esta existe para efetuar o pagamento do total, frise-se, do total, quando o credor se recusa a recebê-lo.

O art. 335, do Código Civil é taxativo quanto ao cabimento da ação de consignação em pagamento, não se enquadrando a presente ação em nenhuma das modalidades.

Assim, frente ao desvirtuamento da demanda e principalmente, ausente prova de mora do credor, resta ausente o interesse de agir devendo a inicial ser indeferida.

(fls. 108-109).

Todavia, a decisão imerece prevalecer.

A ação de consignação em pagamento tem por objetivo, em resumo, extinguir uma obrigação quando o devedor não lograr êxito em efetuar o pagamento em razão de resistência do credor ou por circunstâncias alheias a sua vontade.

O art. 335 do Código Civil dispõe que:

Art. 335. A consignação tem lugar:

I - se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma;

II - se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condição devidos;

III - se o credor for incapaz de receber, for desconhecido, declarado ausente, ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil;

IV - se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento;

V - se pender litígio sobre o objeto do pagamento.

A resistência do polo passivo foi alegada na peça deflagratória no momento em que o Requerente aduz que não teve condições de resolver administrativamente o reconhecimento do adimplemento das parcelas em atraso (fl. 2).

E o Código de Processo Civil, nos arts. 890 a 900, não exige que a comprovação do óbice supostamente criado pelo credor seja realizada de plano, exceto na hipótese em que o proponente da ação de consignação em pagamento opta por tentar previamente a consignação extrajudicial.

A propósito, extrai-se dos ensinamentos de Daniel Amorim Assumpção Neves:

No caso de consignação extrajudicial frustrada pela recusa do credor em receber, dentre os tradicionais documentos indispensáveis à propositura da demanda (art. 283 do CPC), devem constar a prova do depósito e da recusa [...].

Quando a consignação judicial for a primeira opção do devedor, não existirá qualquer especialidade na petição inicial [...].

(*Manual de direito processual civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 1251-1252).

Ademais, uma vez verberada a resistência do Réu, a correspondência de tal afirmação com a realidade será enfocada no mérito, constituindo inclusive matéria que o Requerido poderá levantar em sua defesa, conforme art. 896 do Código Buzaid.

Dessa forma, tendo em vista que o Demandante exerceu a faculdade de ajuizar diretamente a ação de consignação em pagamento – decorrente da expressão “poderá” constante do art. 890, § 1º, do CPC – não há que se falar em necessidade de comprovação da mora *ab initio*.

Sob outro vértice, a argumentação da sentença no sentido de que o Requerente almeja pagar valor menor do que o devido não se sustenta neste momento para embasar a extinção imediata do processo. Afinal, (1) este assevera que seu cálculo atende totalmente ao previsto no contrato (fl. 2) e (2) a procedência dessa afirmação somente poderá ser examinada após instaurado o contraditório e cumpridas as etapas indispensáveis à observância do devido processo legal.

Outrossim, não se pode olvidar que, de acordo com os ensinamentos de Elpídio Donizetti:

Nada impede [...] que sejam discutidas, incidentalmente, questões relativas ao *quantum debeatur* e sua origem (como, por exemplo, a validade e interpretação de cláusulas contratuais). Entretanto, o provimento jurisdicional a ser emitido cingir-se-á à declaração positiva ou negativa da eficácia liberatória do depósito.

(Curso didático de direito processual civil. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1194-1195).

Aliás, a fundamentação da extinção prematura do processo no sentido de que teria havido tentativa de pagar valor menor do que o devido não deve permanecer.

Por outro lado, o Magistrado entendeu que nenhuma das hipóteses do art. 335 do Código Civil encontra consonância com o aduzido na exordial.

Entretanto, tendo em vista que o Demandante afirma que tentou adimplir sua dívida com o pagamento do valor que entende corresponder à avença e não conseguiu resolver administrativamente a questão (fl. 2), a matéria ventilada subsume-se ao inciso I do dispositivo legal mencionado, pois o que se deduz da peça deflagratória é que o Autor afirma que o Demandado recusou receber o pagamento ou dar quitação na forma devida.

Merece ênfase que o ajuizamento desta ação não constitui, em princípio, desvirtuamento processual ou tentativa de contornar a negativa da antecipação de tutela ocorrida na demanda revisional conexa.

As medidas tem finalidades distintas e se amparam em pressupostos diversos.

Na ação de revisão contratual, pleiteou-se o sobrestamento provisório dos efeitos da mora com fundamento em juízo de aparência e no perigo da demora da tutela almejada, com o oferecimento de depósito de valores a título de contracautela.

Objetiva-se com a demanda sob análise, diferentemente, um provimento declaratório definitivo de mérito no sentido de que as prestações já depositadas e que forem objeto de depósito no curso do processo liberam o Postulante dos efeitos da mora.

Destarte, observada a insubsistência da decisão atacada, esta deve ser cassada para que a ação de consignação em pagamento siga seu trâmite regular.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, dá-se provimento ao Recurso para cassar a decisão recorrida e determinar o regular prosseguimento da demanda na primeira instância.

Apelação Cível n. 2011.069481-8, de Joinville

Relator: Des. José Inacio Schaefer

INDENIZATÓRIA. Empresa. Cessão de quotas. Débitos. Demandas trabalhistas. Responsabilidade dos ex-sócios. Improcedência. Inconformismo. Previsão legal ou contratual. Falta. Ajuste precedido de auditoria. Responsabilidade exclusiva dos novos integrantes. Apelo desprovido.

O reclamo não logrou derruir os fundamentos da sentença, mormente no que diz com o fato de que a empresa não foi extinta, mas houve apenas cessão de quotas, precedida de auditoria e confissão de dívida, na qual especificados os débitos de responsabilidade dos ex-sócios.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.069481-8, da comarca de Joinville (6ª Vara Cível), em que é apelante Km Diversões Ltda., e apelados Guilherme Alejandro Kelly e outro:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 1º de abril de 2014

José Inacio Schaefer

RELATOR

RELATÓRIO

KM Diversões Ltda. apelou da sentença proferida pelo juiz Tiago Fachin na indenizatória que moveu em face de Guilherme Alejandro Kelly e Neiva Maria de Oliveira, sustentando a responsabilidade destes

por débitos trabalhistas, decorrentes de má gestão quando eram sócios da empresa (fls. 343/347).

O recurso foi recebido no duplo efeito (fl. 350).

Nas contrarrazões foi pugnado pelo desprovimento do reclamo (fl. 355/364).

VOTO

A sentença dispôs:

Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos articulados na inicial e, por conseguinte, extingo o processo, com resolução de mérito, o que faço com fundamento no art. 269, I do Código de Processo Civil.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais. Sem honorários advocatícios, visto que um dos réus é revel, e o outro se manifestou nos autos por intermédio de um curador especial (certidão de URH já expedida) (fl. 338).

A apelante reiterou fazer jus à indenização, argumentando que a responsabilidade dos ex-sócios estaria prevista nos artigos 1.375 e 1.380 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos. Além disso, a Lei das Sociedades Limitadas (Decreto n. 3.708/1919) também seria aplicável ao caso, pois previu a responsabilidade dos ex-sócios perante a sociedade pelos atos “praticados com violação do contrato ou da lei” (fl. 346).

A decisão recorrida assentou:

Diferente do que faz crer a autora em sua inicial, o art. 329 do Código Comercial estabelecia:

“As obrigações dos sócios começam da data do contrato, ou da época nele

designada; e acabam depois que, dissolvida a sociedade, se acham satisfeitas e extintas todas as responsabilidades sociais” (grifei).

No caso em tela, a sociedade não foi dissolvida, apenas foram alterados os sócios. Desta feita, a autora era a responsável pelo pagamento de tais verbas (fl. 336).

Estes fundamentos o apelo não logrou derruir, mormente no que diz com o fato de que não houve extinção da empresa, mas apenas alteração dos sócios. Ademais, a insurgência inovou na linha de argumentação, pretendendo fundamentar o pedido e enquadrar a situação jurídica ora debatida em dispositivos legais que deixaram de ser aventados quando da inicial.

A empresa também alegou que, em virtude do contrato ajustado, os passivos excedentes ao valor nele previsto seriam de “responsabilidade dos vendedores” (fl. 346). Outrossim, valores seriam, ainda, um “passivo oculto”, pois “não constaram do Relatório de Auditoria de fls. 40 e seguintes” (fl. 345).

Das contrarrazões constou:

Cumprе ressaltar ainda, que a auditoria realizada em momento algum menciona qualquer dívida trabalhista em função de ações em trâmite perante a Justiça do Trabalho, e, tanto no Compromisso de Compra e Venda, como no Termo de Confissão de Dívida os compradores, ora Apelante, se preocuparam em mencionar tal situação, porém, fez constar passivo relativo a INSS, FGTS, provisão de férias e 13º salário com encargos sociais, contribuição sindical e confederativa, folha de pagamento 10/95 e Notificações Trabalhistas.

Assim, todos os demais passivos ou pendências com empregados foram devidamente identificadas pela auditoria através de parecer, e, que se frisa, faz parte integrante do Compromisso de Compra e Venda firmado entre as partes, ficaram a cargo dos compradores referido passivo, por conta da sucessão da empresa (fl. 358).

A este respeito, a sentença:

Com efeito, salvo as hipóteses previstas através de “Termos de Confissão de Dívida”, os réus não respondem pelos débitos da empresa a partir da 4ª alteração contratual.

Compulsando o Compromisso de Compra e Venda e o Termo de Confissão de Dívida (fls. 33/37), percebo que os réus não se comprometeram a quitar quaisquer débitos relativos aos valores despendidos pela empresa autora (fls. 337).

A cessão de quotas da empresa foi precedida de uma auditoria, endereçada – e provavelmente também encomendada – aos compradores, onde constaram relatórios específicos, tais quais: “Parte IV – Débitos com Funcionários” e “Parte VII – Riscos Fiscais e Trabalhistas” (fls. 40/56).

Além disso, a confissão de dívida que documentou o negócio em causa previu a responsabilidade dos ex-sócios somente no que diz com o “pagamento de Imposto Municipal sobre Serviços, Imposto de Renda na Fonte sobre Premiação de bens e Imposto sobre diferença de arrecadação que vierem a ser apurados contra a empresa ‘KM Diversões Ltda.’, desde seu início até a data de 31 de outubro de 1.995”, abrangendo “as atividades do ‘Fluminense Futebol Clube’ e operações do ‘Bingo Maior’ no mesmo período” (cláusula 3, Termo de Confissão de Dívida – fl. 36).

Portanto, além de cientes das condições patrimonial e financeira, os novos sócios assumiram o risco de aquisição da empresa e todos os direitos e obrigações inerentes à sua atividade, respondendo, a partir de então, única e exclusivamente por todos os atos praticados, exceto pelas obrigações especificamente consignadas na confissão de dívida ora mencionada. Assim, não há falar em passivo oculto ou responsabilidade contratual dos apelados.

Por todo o exposto, voto para negar provimento ao recurso.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÃO CÍVEL

Agravo de instrumento n. 2013.050224-3, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Jânio Machado

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. DEFERIMENTO DA LIMINAR PARA DECRETAR A INDISPONIBILIDADE DAS QUOTAS SOCIAIS DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA ADQUIRIDA (EINSTEIN BUSATO LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS LTDA.) E DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA CONSTITUÍDA (EINSTEIN LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS LTDA.), BEM AINDA PARA DETERMINAR A EXIBIÇÃO DOS LIVROS CONTÁBEIS DAS MENCIONADAS PESSOAS JURÍDICAS. PLEITO FUNDADO NO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA PACTUADA NO CONTRATO DE CESSÃO DE QUOTAS, CUJAS CLÁUSULAS REVELAM A IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA OU ONERAÇÃO DAS QUOTAS, MAS NÃO IMPEDEM A CONSTITUIÇÃO DE NOVA PESSOA JURÍDICA PELOS AGRAVANTES/CESSIONÁRIOS. INADIMPLEMENTO DOS AGRAVADOS/CEDENTES QUE ESTÁ DEMONSTRADO MEDIANTE O DESCUMPRIMENTO DA CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVIU O PAGAMENTO DE TODAS AS OBRIGAÇÕES FISCAIS EXISTENTES NA DATA DA CESSÃO (25.8.2010). DEMONSTRATIVOS EXTRAÍDOS DA PÁGINA VIRTUAL DA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL QUE REVELAM A PENDÊNCIA, EM 12.5.2012, DE DIVERSOS DÉBITOS FISCAIS CONSOLIDADOS EM 9.11.2009. IMPOSSIBILIDADE DE EXIBIÇÃO DOS LIVROS CONTÁBEIS DA PESSOA JURÍDICA AGRAVANTE, POIS NÃO SÃO COMUNS ÀS PARTES (ARTIGO 358, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) E, AINDA, DESFRUTAM DE ESPECIAL PROTEÇÃO DO LEGISLADOR (ARTIGOS 1.190 E 1.191 DO CÓDIGO CIVIL). DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento n. 2013.050224-3, da comarca de Balneário Camboriú (3ª Vara Cível), em que é agravante Einsten Laboratório de Análises Clínicas Ltda. e outros e, agravados, Wilson Francisco Schreiner Busato e outro:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 6 de fevereiro de 2014, foi presidido pelo relator e dele participaram a desembargadora Soraya Nunes Lins e o juiz Guilherme Nunes Born.

Florianópolis, 10 de fevereiro de 2014.

Jânio Machado

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Einsten Laboratório de Análises Clínicas Ltda., Alexandre Manoel da Silva Constante e Larissa Simões Flório interuseram recurso de agravo de instrumento contra a decisão proferida na ação cautelar inominada preparatória n. 005.13.007326-6, ajuizada por Sara Mariza Ramos Busato e Wilson Francisco Schreiner Busato, que deferiu em parte a liminar para decretar a indisponibilidade das cotas sociais das pessoas jurídicas Einstein e Busato Laboratório de Análises Clínica Ltda. e Einstein Laboratório de Análises Clínicas Ltda., e determinar a exibição em juízo, no prazo da resposta, dos livros contábeis das pessoas jurídicas a partir da celebração do contrato de cessão (fls. 28/31). Os agravantes sustentaram que: a) o contrato de cessão das cotas sociais de Busato Laboratório de Análises Clínicas, cuja alteração contratual modificou a denominação da sociedade empresarial para Einstein e Busato Laboratórios de Análises Clínicas Ltda., não proibiu a constituição de nova sociedade empresarial,

inadmitindo-se, portanto, a decretação de indisponibilidade das quotas sociais de Einstein Laboratório de Análises Clínicas Ltda.; b) a exibição dos livros contábeis da nova sociedade empresária Einstein Laboratório de Análises Clínicas Ltda. é inadmissível, diante da inexistência de qualquer vínculo obrigacional ou jurídico entre esta e os agravados a justificar a medida extrema; c) os cedentes/agravados se comprometeram a entregar a sociedade empresária “livre de qualquer débito fiscal”, mas até agora, nunca entregaram o comprovante de quitação dos impostos, assim como a cópia do título de propriedade da marca Laboratório Busato no INPI; d) aos agravados foram entregues, com o propósito de autenticar as suas assinaturas, os 3 (três) anexos que integram o contrato (I – balancete mensal do mês de agosto de 2010; II – inventário de bens imobilizados e III – quadro de recebíveis e pagamentos em atraso), mas a restituição ainda não ocorreu (fato que é objeto da notificação judicial n. 005.13.012502-9); e) os pagamentos ajustados foram realizados de 25.8.2010 a 14.12.2011, momento em que se constatou a inexistência de registro da marca “Laboratório Busato” no INPI, sendo desnecessário, portanto, o pagamento dos royalties e f) a cessação de todos os pagamentos ocorreu no ano de 2012 após inúmeras tentativas amigáveis frustradas de fazer com que os agravados cumprissem a sua prestação no contrato (restituição dos 3 anexos, apresentação do título de propriedade da marca “Laboratório Busato” e pagamentos de todos os tributos devidos até 25.8.2010). Em face de todo o exposto, requereram a reforma da decisão que decretou a indisponibilidade das cotas sociais e a exibição dos livros contábeis da empresa Einstein Laboratório de Análises Clínicas Ltda. a partir de 25.8.2010.

Em juízo de admissibilidade, a digna magistrada Cláudia Lambert de Faria admitiu o processamento do recurso, e deferiu em parte o reclamado efeito suspensivo, o que fez para sobrestar a eficácia da decisão no ponto em que determinou a exibição em juízo dos livros contábeis da so-

cidade empresária agravante Einstein Laboratório de Análises Clínicas Ltda., até o pronunciamento definitivo da Câmara (fls. 139/151).

Os agravados não apresentaram resposta (fl. 155) e os autos vieram para julgamento.

VOTO

Os agravados ajuizaram “ação cautelar inominada preparatória” sob a alegação de que os agravantes estão inadimplentes, desde fevereiro de 2012, com as obrigações pactuadas, em 25.8.2010, no “contrato de cessão de quotas de sociedade limitada”, consubstanciadas no pagamento de 72 (setenta e duas) prestações fixas e mensais (R\$4.682,00), e de 5% (cinco por cento) sobre o faturamento bruto da pessoa jurídica, decorrente da utilização do nome comercial “Laboratório Busato”. Além disso, os agravantes, em desacordo com o contrato, teriam modificado o escritório responsável pela contabilidade da empresa e, ainda, criaram uma nova pessoa jurídica, com o mesmo fim social e endereço, tudo com vistas a se furtar das responsabilidades assumidas, fraudando credores. Enfatizaram a inexistência de patrimônio em nome dos requeridos, ora agravantes, o que inviabilizaria futura reparação pelos danos advindos das atitudes ilícitas (fls. 37/79).

A liminar foi deferida em parte, apenas para decretar a indisponibilidade das quotas sociais das pessoas jurídicas Einstein e Busato Laboratório de Análises Clínicas Ltda. e Einstein Laboratório de Análises Clínicas Ltda. e determinar a exibição, no prazo da resposta, dos livros contábeis das pessoas jurídicas mencionadas, a partir do contrato de cessão, sob pena de busca e apreensão (fls. 28/31), o que motivou a interposição do recurso que se está a examinar.

Nas razões recursais, os agravante enfatizaram o combate à decisão agravada apenas no que pertine à decretação da indisponibilidade das

quotas sociais e da exibição dos livros contábeis da pessoa jurídica Einstein Laboratório de Análises Clínicas Ltda. (fl. 25).

A petição inicial da ação cautelar fez-se acompanhar de cópia do “contrato de cessão de quotas de sociedade limitada” celebrado em 25.8.2010, em que os agravados Wilson Francisco Schreiner Busato e Sara Mariza Ramos Busato cederam, onerosamente, todas as quotas da sociedade Laboratório de Análises Clínicas Busato Ltda. aos ora agravantes Alexandre Manoel da Silva Constante e Larissa Simões Flório (fls. 80/83). No contrato, os cessionários obrigaram-se ao pagamento de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) na data da assinatura, mais R\$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), em 72 (setenta e duas) parcelas mensais e fixas (R\$4.682,00), vencendo-se a primeira em 25.8.2010 (cláusula segunda, fl. 81). Por ocasião da celebração do negócio, os cedentes, ora agravados, também transferiram os “direitos sobre o nome comercial – LABORATÓRIO BUSATO”, mediante o pagamento de 72 (setenta e duas) parcelas mensais, no montante de 5% (cinco por cento) do faturamento bruto mensal, cuja apuração seria realizada pela “contabilidade FOCOOS” (cláusula quinta, fl. 82).

Em relação ao nome empresarial, leia-se o teor da cláusula quinta (fl. 82):

“Os CEDENTES cedem aos CESSIONÁRIOS, no ato da assinatura deste instrumento, os direitos sobre o nome comercial - ‘LABORATÓRIO BUSATO’ - e, em contrapartida, receberão 72 (setenta e duas) parcelas mensais, no montante de 5% (cinco por cento) do faturamento bruto mensal da empresa.

(...)

Parágrafo segundo – Com a quitação de todas as parcelas devidas, opera-se a revogação desta cláusula, data a partir da qual os CESSIONÁRIOS, não poderão mais utilizar o nome fantasia ‘LABORATÓRIO BUSATO’, sob as penas e rigores da lei.”.

Como se vê, inexistente a obrigação de utilização do nome “Laboratório Busato” pelos agravantes que, de acordo com o contrato, apenas adquiriram os direitos de uso, podendo dele fazer o que bem entenderem. A cláusula, em verdade, se presta a impedir a utilização da mencionada designação pelos agravados (cedentes).

Por outro lado, não foi pactuada nenhuma cláusula impedindo a constituição, pelos agravantes, de outra pessoa jurídica, ainda que com o mesmo objeto social. O contrato impede, apenas, que os agravantes transfiram ou onerem as quotas da pessoa jurídica adquirida Laboratório de Análises Clínicas Busato Ltda. (Einstein e Busato Laboratório de Análises Clínicas Ltda.), como se lê na “cláusula quarta” (fl. 81):

“Os cessionários não poderão transferir, vender, dar em garantia, penhorar ou realizar qualquer negócio jurídico com as quotas sociais da empresa, e sob nenhum pretexto, ceder a terceiros, salvo anuência expressa de um dos CEDENTES.”.

As alegações dos agravantes aparentam verossimilhança. E assim se diz porque confessaram o inadimplemento proposital, a partir de fevereiro de 2012 (fl. 18), e isso depois de esgotadas as negociações para que os agravados exibissem o “título de propriedade da marca ‘Laboratório Busato’” (fl. 20), restituíssem os 3 (três) anexos integrantes do contrato (fl. 19) e liquidassem os débitos fiscais até a data da cessão de quotas, qual seja, 25.8.2010 (fl. 20). Ou seja, os agravantes permaneceram cumprindo o pactuado, o que também foi afirmado pelos agravados à fl. 49 (correspondente à fl. 14 da ação originária), instante em que disseram do adimplemento das parcelas ajustadas até fevereiro de 2012 (17 das 72 prestações mensais).

Os débitos fiscais anteriores a 2010 permaneceram inadimplidos pelos agravados, a despeito da determinação contratual para que os liquidassem até a data da cessão – 25.8.2010 (a exibição de extratos oriundos da página virtual da Procuradoria da Fazenda Nacional, impressos em 11.5.2012, revela a pendência de diversos débitos fiscais, consolidados em 9.11.2009) (fls. 157 e 142/169 da ação originária, exibidos no anexo 1/1 do agravo de instrumento).

Além disso, observa-se que a pessoa jurídica Einstein Laboratório de Análises Clínicas Ltda. só foi constituída em 12.7.2012, depois de esgotadas as tentativas de fazer os agravados cumprirem o avençado. Por isso mesmo é que, aparentemente, afirma-se a inexistência do propósito de fraudar credores ou dilapidar o patrimônio.

Assim, nada justifica a exibição dos livros contábeis da pessoa jurídica agravante, pois não são documentos comuns às partes (artigo 358, inciso III, do Código de Processo Civil) e, ainda, contam com proteção especial do legislador:

“Art. 1.190. Ressalvados os casos previstos em lei, nenhuma autoridade, juiz ou tribunal, sob qualquer pretexto, poderá fazer ou ordenar diligência para verificar se o empresário ou a sociedade empresária observam, ou não, em seus livros e fichas, as formalidades prescritas em lei.

Art. 1.191. O juiz só poderá autorizar a exibição integral dos livros e papéis de escrituração quando necessária para resolver questões relativas a sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência.

§ 1º O juiz ou tribunal que conhecer de medida cautelar ou de ação pode, a requerimento ou de ofício, ordenar que os livros de qualquer das partes, ou de ambas, sejam examinados na presença do empresário ou da sociedade empresária a que pertencerem, ou de pessoas por estes nomeadas, para deles se extrair o que interessar à questão.”.

Sobre o tema, já se disse que:

“O acesso aos livros comerciais é restrito ao comerciante e seus funcionários, e não podem ser manuseados por pessoas estranhas à atividade do comerciante/empresário. É que os livros mercantis devem registrar com fidelidade os resultados e andamento do negócio, fatos que, se revelados de forma irresponsável ou descuidada, e a pessoas que podem usar a informação de forma maliciosa, podem promover sérios prejuízos à atividade do empresário/comerciante, podendo levá-lo até ao estado falimentar. Por isso os livros são reservados à atividade mercantil do comerciante/empresário para ele próprio.” (PACKER, Amílcar Douglas. *Direito comercial - o empresário*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 141).

Mais:

“A regra do art. 1.190 do Código Civil, no entanto, não merece uma interpretação fiel à letra. Sempre que razões ponderáveis se oferecerem, cabe a diligência de averiguação, franqueando a contabilidade aos interessados (...).

Afora os casos que envolvem a Fazenda Pública, o art. 1.191, como fazia o art. 18 do Código Comercial, coloca hipóteses restritas para a verificação ou exibição dos livros e fichas, e que consistem em imposições de ordem sucessória, societária, de comunhão, de administração, de gestão, e de falência (...). Extrai-se que a exibição é autorizada em situações especiais, arroladas pela lei, dependendo de um procedimento próprio, cabendo ao juiz bem sopesar a concessão de pedidos.

Visa-se, com isso, evitar ordens desarrazoadas, impostas sem maior ponderação, e que causam verdadeiros transtornos, como a apreensão de livros, fichas, programas de computador, em verdadeiros acintes contra a propriedade e o direito de sigilo. Todavia, sempre que fatos graves são apontados, mesmo que não restritamente ligados às situações discriminadas, considera-se coerente a imposição de apresentar os documentos e de permitir o exame.” (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de empresa: lei n. 10.406, de 10.1.2002*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1112).

Os agravados enfatizaram que o inadimplemento é unilateral dos agravantes, afirmando que “cumpriram com todas as suas obrigações dentro do prazo estipulado”, sendo, ainda, injusta a “desculpa” de que os pagamentos foram descumpridos por qualquer atitude sua (fl. 60, correspondente à fl. 24 da ação cautelar).

Entretanto, como já se disse acima, a inadimplência contratual dos agravados está consubstanciada no não pagamento dos débitos fiscais anteriores à cessão das quotas, a situação que, sabe-se, praticamente inviabiliza a continuidade da atividade empresarial.

Ou seja, a inadimplência contratual dos agravantes é confessada e a dos agravados é omitida. Mas o tema extrapola os limites do recurso e deverá ser analisado pelo magistrado condutor do feito, a tempo e modo.

Por ora, o recurso interposto é provido, o que se faz para revogar as ordens de indisponibilidade das quotas da sociedade empresária agravante Einstein Laboratório de Análises Clínicas Ltda., e de exibição dos seus livros contábeis.

Por último, e apenas evitando a desnecessária interposição de embargos de declaração, ainda que para fins de prequestionamento e acesso à instância recursal superior, afirma-se a ausência de violação ao artigo 129 da Lei n. 9.279/1996, os quais foram, mesmo que implicitamente, aqui examinados e considerados para o resultado final.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO

Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Mandado de Segurança n. 2013.046935-2/0001.00, da Capital

Relator: Desembargador Ricardo Roesler

AGRAVO (ART. 557 DO CPC). ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR. EXCLUSÃO DOS QUADROS DA INSTITUIÇÃO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO AO GOVERNADOR DO ESTADO. DECISÃO, EM MANDADO DE SEGURANÇA PRECEDENTE, ASSEGURANDO O CONHECIMENTO DO RECURSO (QUEIXA) AO CHEFE DO EXECUTIVO, CONDICIONANDO A EXCLUSÃO À SOLUÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. RECURSO NÃO CONHECIDO PELO CHEFE DO EXECUTIVO, COM FUNDAMENTO NO ART. 49, § 2.º, DO ESTATUTO DOS POLICIAIS MILITARES DO ESTADO DE SANTA CATARINA. IMPROPRIEDADE. DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. OBSERVAÇÃO, ADEMAIS, DE PRECEDENTES DESTA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONDEDIDA, PARA ANULAR O ATO E DETERMINAR A APRECIACÃO DO SEU MÉRITO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Mandado de Segurança n.º 2013.046935-2/0001.00, da comarca da Capital (Tribunal de Justiça), em que é agravante Marcelo Moacir Pedro, e agravado Governador do Estado de Santa Catarina:

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento ao agravo e conceder a ordem em parte.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs.

Desembargadores Stanley da Silva Braga, Pedro Manoel Abreu (presidente com voto), Newton Trisotto, Cesar Abreu, Cid Goulart, Jaime Ramos, João Henrique Blasi, Jorge Luiz de Borba e Rodrigo Cunha.

Florianópolis, 14 de maio de 2014.

Ricardo Roesler

RELATOR

RELATÓRIO

Marcelo Moacir Pedro, sem particularizar autoridades, impetrou mandado de segurança em face de ato que o excluiu dos quadros da Polícia Militar de Santa Catarina, a “bem da disciplina”.

Em síntese, deduziu que fora submetido ao Conselho de Disciplina, por meio de procedimento instaurado pela Portaria n.º 072/CDPMSC/2009, cuja conclusão culminara com sua exclusão das fileiras da Polícia Militar. Diante da solução do procedimento teria inicialmente interposto ao Comandante-Geral da Polícia Militar pedido de reconsideração, então indeferido; em face da negativa, interpusera recurso derradeiro ao Governador do Estado. No entanto, por ato do Comandante-Geral da Polícia Militar fora excluído antes da apreciação daquele último apelo.

Aduziu ter então impetrado mandado de segurança, cuja ordem teria lhe assegurado o conhecimento e apreciação, pelo Governador do Estado, do recurso interposto (“Recurso de Queixa”). Todavia, o recurso não fora conhecido, com fundamento no art. 49, § 2.º, do Estatuto da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina. Daí sobreveio esta impetração, asseverando ser ilegal a exclusão do impetrante sem a apreciação do mérito do recurso dirigido ao Governador do Estado.

Postulou o deferimento de liminar para que fosse determinado ao Sr. Comandante-Geral do Estado de Santa Catarina a “*imediata suspensão da exclusão do impetrante ou, no caso desta já ter se consumado, a imediata reinclusão do mesmo*” (fl. 9). Quanto ao mérito, requereu que fosse mantida a liminar e concedida a permanência do impetrante nos quadros da PMSC, sobretudo por não ter o Governador do Estado observado os termos da impetração antecedente.

A inicial foi indeferida, aduzindo-se a ausência de direito líquido e certo (fls. 34-36).

Sobreveio agravo (nominado *regimental*), em que o impetrante observou que a impetração funda-se na falta de observação do que fora decidido no mandado de segurança precedente, determinando a apreciação, pelo Governador do Estado, do mérito do recurso de queixa formulado (fls. 38-41).

O Ministério Público deduziu não haver interesse por si tutelado no feito (fls. 46-47). Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Plínio Cesar Moreira.

Determinei a notificação do coator (o Governador do Estado), que prestou informações em fls. 56-61, defendendo a exclusão do impetrante, sob o fundamento de que o mandado de segurança precedente não impôs prazo certo para reintegração do agravante, bem como porque se concluiu, administrativamente, pela impropriedade (descabimento) do recurso.

O Estado prestou informações adiante (fls. 151-162), asseverando a ausência de direito líquido e certo diante do esgotamento da via administrativa. No mais, a impetração se veria prejudicada (teria seu objeto consumido) porque se julgara improcedente a demanda em que o impetrante buscava anular a decisão administrativa do Conselho de disciplina (autos n.º 2011.052047-2); ademais, teria sobrevindo condenação crimi-

nal (autos n.º 023.09.023937-0). Por fim, o controle judicial do ato administrativo só poderia observar a sua legalidade, sem discutir o seu mérito.

Este é o relatório.

VOTO

Trato de agravo regimental contra decisão que sumariamente indeferiu a inicial de mandado de segurança. O que se pretendia era, de certo modo, que o Governador do Estado apreciasse apelo (recurso de queixa), em que postulava sua permanência nas fileiras da Polícia Militar. Segundo aduziu, a decisão da Segunda Câmara de Direito Público deste Tribunal teria assegurado a apreciação daquele recurso, embora a coatora houvesse se limitado unicamente a rejeitar sua apreciação (a partir daí, evidentemente, houve a exclusão do quadro).

Nada obstante a impetração datasse de julho de 2013, e se houvesse demandado pretensão antecipatória, tive por bem reclamar informações, haja vista que a instrução inicial fosse bastante débil. E, no mais, pareceu-me necessário compreender a dinâmica da exclusão, cujos desdobramentos são, naturalmente, muito mais amplos, e não revelados na impetração.

Noto de início que a regularidade da impetração é de certo modo questionável, considerando que nem se aponta formalmente alguma autoridade como coatora; no entanto, da leitura do pedido observo que se pretende, a um só tempo, a anulação do ato de exclusão e a manutenção do impetrante em seu cargo até a solução do processo administrativo, como em tese ordenado na decisão anterior deste Tribunal. Assim, não obstante a pouca técnica na redação, nada obsta, penso, trânsito regular desta ação.

Ainda em tom de abertura, observo que a impetração não é carente e tampouco perdeu o objeto em face das demais ações em que se discute

o procedimento administrativo. Faço a observação porque o Estado de Santa Catarina deduziu haver condenação criminal pelo mesmo fato que gerou sua exclusão na via administrativa, e porque também se julgou improcedente pedido de anulação do procedimento administrativo e da decisão tomada pelo Conselho de Disciplina.

Observe em relação à ação penal (autos n.º 023.09.023937-0) que, não obstante o fato de não ter até então transitado em julgado, conforme informação do site deste Tribunal, não há, aparentemente, comando determinando a perda do cargo, cujo efeito automático somente alcança as decisões por prática de crime tortura (por todos, STJ, HC 185343/PA, Rel. Min. Laurita Vaz). Dito de outro modo, mesmo que fosse definitiva a decisão criminal, ela não projetaria efeitos neste caso.

Com relação à ação de conhecimento, pretendendo a nulidade do procedimento e da conclusão do Conselho de Sentença, cuja número é, inclusive, distinto daquele indicado pelo Estado (autos n.º 2012.051155-5, da Capital, Rel. Des. Subst. Francisco de Oliveira Neto), é fácil observar que não se confunde com o objeto deste mandado de segurança: aqui se discute a necessidade de apreciação do mérito do recurso dirigido ao Governador do Estado – o que, evidentemente, pressupõe a higidez do procedimento (objeto daquela primeira ação). Dito de outro modo, somente se cogita do interesse processual nesta impetração porque o procedimento é regular até então (conclusão a que chegou aquele acórdão). Logo, não há, em absoluto, prejudicialidade.

Quanto ao caso observe, e apenas de passagem, que a exclusão do impetrante se deu a bem da disciplina, em face de suposta percepção de recompensa por auxiliar a exploração de jogos de azar na cidade de Tijucas. Evidentemente, a cabo do procedimento administrativo houve, também, o manejo de ação penal. Mas pouco importa; o que se discute, na prática, é o alcance da impetração anterior, que em tese determinou a

reinclusão do impetrante ao quadro de praças até a solução do procedimento administrativo.

Para que se entenda o desfecho administrativo, observo que, vencido o procedimento ordinário e tomando-se a exclusão das trincheiras por termo, o impetrante manejo o “recurso de queixa” ao Governador do Estado. Daí, cumprida a decisão administrativa, antes da manifestação do Chefe do Executivo, o Exmo. Sr. Comandante-Geral da Polícia Militar aderiu a solução dada pelo Conselho de Disciplina e determinou a exclusão do impetrante. Por fim, nada obstante a impetração do mandado de segurança precedente, assegurando a solução do procedimento administrativo antes de qualquer ato de exclusão, o Sr. Governador do Estado houve por bem não conhecer do recurso, por ausência de previsão legal. E receio que essa manobra de fato tenha confrontado a decisão anterior.

De fato foi assegurado ao impetrante sua permanência nos quadros da Polícia Militar até a solução do processo administrativo. Na época, insisto, o Conselho de Disciplina já havia concluído pela exclusão, o que então foi determinado pelo Sr. Comandante-Geral. Com o novo recurso, dirigido ao Governador do Estado, elasteceu-se o procedimento administrativo, e o que se assegurou, então, foi sua conclusão. A propósito, assim consta da ementa do julgado:

“ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. EXCLUSÃO ‘A BEM DA DISCIPLINA’. INTERPOSIÇÃO DO RECURSO DE QUEIXA AO GOVERNADOR DO ESTADO. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO ADMINISTRATIVO. DIREITO A AGUARDAR A DECISÃO NO CARGO. RECURSO PROVIDO.

O ato de exclusão do policial militar deve ser precedido de regular processo administrativo disciplinar, plasmado pelo contraditório e ampla defesa. Portanto, até que se dê o trânsito em julgado administrativo, tem o policial militar o direito de ser mantido no cargo” (ACMS 2011.052047-2, da Capital. Segunda Turma. Rel. Des. Newton Janke. Decisão de 22.9.11).

A ementa sugere que apenas se teria assegurado algum julgamento do recurso pelo Governador do Estado; mas, na prática, foi-se muito além. No corpo do acórdão foi assim consignado, apropriando-se das razões que compunham a fundamentação do agravo de instrumento precedente:

“Não há como chancelar o entendimento firmado pelo juízo *a quo* no sentido de que ‘*compete ao Comandante-Geral da Polícia Militar julgar, em última instância, os processos oriundos dos Conselhos de Disciplina*’ (fl. 82).

Com efeito, o Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina (Lei n.º 6.218/83) prevê expressamente a possibilidade do policial militar, mesmo após decisão final do Comandante-Geral, interpor novo recurso à autoridade imediatamente superior a ele.

Nestes termos:

‘*Art. 51 O policial militar que se julgar prejudicado ou ofendido por qualquer ato administrativo ou disciplinar, de superior hierárquico, poderá recorrer ou interpor pedido de reconsideração, queixa ou representação, segundo a legislação vigente na corporação*’.

Portanto, não há que falar de ausência de previsão legal para a interposição de recurso.

Por outro lado, ainda que o servidor tenha cometido múltiplas faltas disciplinares ou funcionais durante o exercício da função, a sua exclusão dos quadros da Corporação deve sempre ser precedida de um procedimento pautado pela garantia irrestrita do contraditório e da ampla defesa.

(...)

Na espécie, malgrado tenha ao autor sido garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa durante o procedimento administrativo instaurado, não lhe foi oportunizado, antes do ato de exclusão da Corporação, o direito de aguardar a decisão a ser proferida no recurso de queixa feito ao Governador do Estado.

Ou seja, procedeu-se a exclusão do agravante dos quadros da Corporação

Militar antes mesmo do trânsito em julgado administrativo.

Nem se diga, outrossim, que o recurso de queixa não possui efeito suspensivo.

Embora, de fato, nada disponha a legislação pertinente acerca dos efeitos atribuídos ao recurso de queixa interposto pelo policial militar, da simples leitura do Decreto n.º 12.112/80, que dispõe acerca do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, verifica-se a atribuição, ainda que tácita, do efeito suspensivo. Leia-se:

‘Art. 56 - Queixa - É o recurso disciplinar, normalmente redigido sob forma de ofício ou parte, interposto pelo policial-militar que se julgue injustiçado, dirigido diretamente ao superior imediato da autoridade contra quem é apresentada a queixa.

§ 1º. - A apresentação da queixa, só é cabível após o pedido de reconsideração de ato ter sido solucionado e publicado em Boletim da OPM onde serve o queixoso.

§ 2º. - A apresentação da queixa deve ser feita dentro de um prazo de cinco dias úteis, a contar da publicação em Boletim da solução de que trata o parágrafo anterior.

§ 3º. - O queixoso deve informar, por escrito, à autoridade de quem vai se queixar, do objeto do recurso disciplinar que irá apresentar.

§ 4º. - O queixoso deve ser afastado da subordinação direta da autoridade contra quem formulou o recurso, até que o mesmo seja julgado. Deve, no entanto, permanecer na localidade onde serve, salvo a existência de fatos que contra-indiquem a sua permanência na mesma’ (grifei).

Ora, se a legislação permite a permanência do policial na localidade onde serve, tacitamente está afirmando que o recurso de queixa possui efeito suspensivo, impedindo, pois, a aplicação imediata da decisão prolatada.

Ademais, não havia razão para a autoridade impetrada, que já havia aguardado o trâmite de todo processo administrativo, não aguardar a decisão final a cargo do Governador do Estado” (transcrito como no original).

Participei de ambos os julgamentos, e de fato não recorro, agora, a profundidade com que a temática foi discutida, sobretudo considerando os termos da ementa (limitados ao exaurimento do procedimento administrativo). Fato é, todavia, que na decisão consignou-se não só a necessidade de alguma decisão do Governador, mas sobretudo o conhecimento do recurso, com fundamento no art. 51 da Lei n.º 6.218/83.

Nestes termos, sem questionar o acerto ou desacerto da decisão, deve-se considerar que, a partir daquele julgamento, contra o qual não se manejou recurso, a admissibilidade do recurso dirigido ao Sr. Governador do Estado não poderia ser questionada – não ao menos pela suposta ausência de previsão legal, base esta do parecer dirigido ao Chefe do Executivo, e também da decisão.

Não olvido que tanto o parecer (fls. 14-15) quanto o Governador do Estado (fl. 17) fundam o não-conhecimento do recurso no art. 49, § 2.º, do Estatuto dos Policiais Militares de Santa Catarina, que institui ser o Comandante-Geral da Polícia Militar a autoridade superior – e única – a desafiar as decisões do Conselho de Disciplina. Seja como for, todavia, a matéria nem é nova nesta Corte, e mesmo este Grupo de Câmaras já apontou a faculdade de recorrer-se em dada hipótese ao Governador do Estado (com fundamentação ligeiramente mais refinado, inclusive). Cito, por oportuno:

“PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO PROPOSTA POR POLICIAL MILITAR CONTRA O ESTADO – CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA - EFEITOS DA REVELIA - INAPLICABILIDADE.

‘Não se aplica à Fazenda Pública o efeito material da revelia - presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor – pois seus bens e direitos são considerados indisponíveis, aplicando-se o artigo 320, II, do CPC’. (STJ, AgRg nos Edcl no REsp 1288560/MT, Rel. Min. Castro Meira).

ADMINISTRATIVO - POLICIAL MILITAR - EXCLUSÃO ‘A BEM DA

DISCIPLINA' - DECISÃO DO COMANDANTE-GERAL - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO INDEFERIDO - RECURSO DE QUEIXA AO GOVERNADOR DO ESTADO - ADMISSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE JULGAMENTO DEFINITIVO DO RECURSO - INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO ADMINISTRATIVO - POLICIAL QUE TEM DIREITO DE AGUARDAR A DECISÃO NO CARGO - RECURSO PROVIDO.

Nos termos do art. 56, do Decreto Estadual n.º 12.112/1980, o recurso de queixa interposto por policial militar que se julgue injustiçado em face de exclusão a bem da disciplina, deve ser dirigido diretamente ao superior imediato da autoridade contra quem é apresentada a queixa e, sendo esta o Comandante-Geral da Polícia Militar, cabe ao Governador do Estado julgar tal recurso, nos termos do que dispõe o art. 107, da Constituição do Estado de Santa Catarina. Até que seja julgado o recurso de queixa o Policial Militar tem direito de permanecer no cargo, com os direitos e vantagens que lhe são devidos por Lei, não podendo ser excluído antes do trânsito em julgado da decisão administrativa, vale dizer, antes de esgotados os meios e recursos legalmente previstos (art. 5º, inciso LV, da CF/1988)” (AC n.º 2012.080203-0, da Capital. Grupo de Câmaras de Direito Público. Rel. Des. Jaime Ramos. Decisão de 14.8.13).

De todo modo, é de se observar que a autoridade da coisa julgada, suponho, seria por si bastante para justificar a manutenção no cargo até a solução de mérito do recurso administrativo, pelo Governador do Estado. Na sua falta, a reintegração, ao menos até regular solução do procedimento administrativo, é medida que se impõe.

Por fim, anoto que o exame do ato administrativo, neste caso, não extrapola a apreciação de sua legalidade. Não há, por isso, exercício para além do que se permite na revisão judicial, considerando que o Governador do Estado não está limitado no exercício de suas prerrogativas e que poderá, a seu cargo e dentro dos estreitos contornos legais, decidir o recurso do modo que melhor lhe parecer.

Assim, acolho o agravo regimental para prover em parte o pedido inicial, e conceder a ordem para anular a decisão que não conheceu o recurso administrativo interposto ao Sr. Governador do Estado, bem como para determinar a reintegração ao cargo, até que o recurso seja formal e materialmente apreciado, somente.

Este é o voto.

MANDADO DE SEGURANÇA

Mandado de Segurança n. 2013.065627-8, da Capital

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO DA POLÍCIA MILITAR. EDITAL N. 015/CESIEP/201. FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL. CANDIDATO ELIMINADO. CERTIDÃO POSITIVA DE PROTESTOS. ATO QUE FERRE OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. FATOS QUE NÃO DESABONAM A CONDUTA SOCIAL DO CANDIDATO. ORDEM CONCEDIDA.

“4. O controle das regras e das exigências dispostas em edital de concurso público pelo Poder Judiciário deve restringir-se aos princípios constitucionais, como a razoabilidade e a proporcionalidade. Diante disso, sobreleva notar que exclusão do certame em razão das certidões positivas não se revela proporcional ou razoável, máxime porque a existência de duas ações, uma de despejo por falta de pagamento e outra de cobrança, em desfavor do recorrente não ostentam a propriedade de desabonar a sua conduta.” (RMS 29073 / AC, rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. 25.5.2010)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2013.065627-8, da comarca da Capital (Tribunal de Justiça), em que é impetrante Gabriel Pierri Hermenegildo, e impetrados Estado de Santa Catarina e outro:

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por maioria de votos, conceder a segurança, determinando-se, por conseguinte, que o impetrante seja considerado aprovado na fase de investigação social, se o motivo da sua reprovação for unicamente a certidão positiva de protestos acostada à fl. 40; vencido o Desembargador Rodrigo Cunha. Sem custas e sem honorários.

O julgamento, realizado no dia 14 de maio de 2014, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Pedro Manoel Abreu, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargador Cesar Abreu, Desembargador Cid Goulart, Desembargador Jaime Ramos, Desembargador Jorge Luiz de Borba, Desembargador Rodrigo Cunha, Desembargador Ricardo Roesler, Desembargador Stanley da Silva Braga e Desembargador Newton Trisotto. Funcionou como representante do Ministério Público o Dr. Sandro José Neis.

Florianópolis, 16 de maio de 2014.

Sérgio Roberto Baasch Luz

RELATOR

RELATÓRIO

Gabriel Pierrri Hermenegildo impetrou mandado de segurança contra ato dito coator atribuído ao Secretário da Segurança Pública do Estado de Santa Catarina alegando que, após conquistar aprovação em todas as etapas do Concurso Público – Edital n. 015/CESIEP/2013, foi convocado para a entrega dos documentos obrigatórios à matrícula no Curso de Formação de Soldados, momento em que teve sua inscrição indeferida, pois possuía três protestos em seu nome.

Enfatizando estarem presentes os requisitos *fumus boni juris* e *periculum in mora*, pugnou pelo deferimento da liminar para lhe fosse assegurado o direito de ingressar no Curso de Formação de Soldados e, ao final, a concessão em definitivo da segurança para ter garantido o acesso à carreira militar, ou, então para lhe seja permitido apresentar posteriormente a Certidão Negativa de Protestos.

A liminar foi deferida. (fls. 142-146)

Devidamente notificado, o Secretário da Segurança Pública prestou informações, aduzindo, em resumo, a ausência de direito líquido e certo, porque o impetrante deixou cumprir requisito editalício, consistente na apresentação de certidão negativa que comprovasse sua idoneidade moral e sua conduta social ilibada. Por tal motivo, defende que o impetrante não perfaz os requisitos para ingressar nos quadros da Polícia Militar. Rogou, ao final, pela cassação da liminar e a denegação da ordem. (fls. 157-160)

O Estado de Santa Catarina manifestou interesse em ingressar no feito. (fl. 162)

O Comandante Geral da Polícia Militar prestou informações às fls. 165-176.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Newton Henrique Trennepohl, opinou pela denegação da segurança

É o relatório.

VOTO

Sustenta o impetrante que se inscreveu no Concurso Público de que trata o Edital n. 015/CESIEP/2013 e, após conquistar aprovação em todas as etapas do certame, foi convocado para a entrega dos documentos obrigatórios à matrícula no Curso de Formação de Soldados, momento em que teve sua inscrição indeferida, pois possuía três protestos em seu nome.

Da certidão acostada à fl. 88 extrai-se:

Documentos obrigatórios a serem apresentados para comprovação de requisitos, inclusão na Polícia Militar de Santa Catarina e inclusão no Curso de

Formação

1. Certidão negativa dos Cartórios de Protestos ou do Cartório de Distribuição: da cidade/município ou circunscrição onde residiu nos últimos cinco anos, expedida, no máximo, há seis meses – original – negativeda.

Ocorre que o candidato em pauta apresentou Certidão POSITIVADA, constando 3 títulos protestados nos últimos 5 anos contra o candidato GABRIEL PIERRI HERMENEGILDO. CPF n. 055.913.089-96.

Este fato é incontroverso, tanto que foi o próprio impetrante que apresentou referido documento à banca examinadora do concurso, o qual repousa à fl. 40 dos autos e de fato confirma os três protestos em seu desfavor.

O Edital de Concurso Público n. 015/CESIEP/2013 no seu item 12.3 delineou a finalidade da Investigação Social: “*A Investigação Social tem por finalidade apurar a idoneidade moral, conforme o art. 11 da Lei 6.218 de 10 de fevereiro de 1983, o Estatuto dos Policiais Militares. Levantando a vida pregressa e atual do candidato em todos os aspectos de vida em sociedade, quer seja social, moral, profissional, escolar, dentre outras possíveis, impedindo que pessoa com perfil incompatível ingresse na Polícia Militar, respeitado o disposto no item 12.13*”.

O Anexo do instrumento do concurso prescrevia a relação de documentos obrigatórios a serem apresentados para comprovação de requisitos e inclusão na Polícia Militar de Santa Catarina e matrícula no Curso de Formação de Soldados, dentre os quais destaco:

Certidão negativa dos Cartórios de Protestos ou do Cartório de Distribuição: da cidade/município ou circunscrição onde residiu nos últimos cinco anos, expedida, no máximo, há seis meses - original; (fl. 21)

E, no item 17.10 firmou-se que seria eliminado o candidato que não apresentasse os documentos exigidos para inclusão ou matrícula no Curso de Formação de Soldados.

A Lei Complementar n. 587/2013, cujo texto dispõe sobre o ingresso nas carreiras das instituições militares de Santa Catarina, estabelece em seu art. 2º:

Art. 2º São requisitos para o ingresso nas carreiras das instituições militares:

(...) XXI - ter boa conduta comprovada por certidões das Justiças Comum (estadual e federal), Militar (estadual e federal) e Eleitoral;

E, no seu art. 19, § 2º, estipulou que *“após ser aprovado e classificado em todos os exames e preencher todos os requisitos exigidos no concurso, o candidato deverá providenciar a documentação exigida para o ingresso no estado efetivo da instituição militar e entregá-lo no órgão correspondente, nos termos previstos no edital do concurso público”, sendo “automaticamente desclassificado o candidato que deixar de entregar, dentro do prazo estabelecido no edital, qualquer documento exigido para ingresso no estado efetivo da matrícula no curso de formação”*.

Nesse desiderato, vale frisar que o edital de concurso público pre-estabelece as normas sob as quais o processo seletivo será realizado, e às suas cláusulas ficam vinculados a própria Administração e os candidatos.

Demais disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido *“de que o Edital do concurso público pode exigir a avaliação de conduta social, como requisito essencial para aprovação do candidato”*. (RMS n. 22.980/MS, relª Ministra Jane Silva, DJe de 15.9.2008)

Quando a Lei Complementar n. 587/2013 e o Edital n. 015/CE-SIEP/2013 destacam a idoneidade moral e a boa conduta dos preten-

dentes a ingressar nos quadros da Polícia Militar catarinense, estão procurando zelar pelo nome da instituição, assim como assegurar “*que o candidato a Policial comprove procedimento irrepreensível, ser dotado de boa saúde psíquica e ter procedimento adequado para o desempenho de tão dura e nobre missão, de propiciar garantia ao cidadão*”. (REsp n. 15.410/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, DJ de 9.3.1992)

Note-se, portanto, que “*a investigação social, em concurso público, não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que porventura tenha praticado. Serve, também, para avaliar a sua conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir seu comportamento frente aos deveres e proibições impostos ao ocupante de cargo público da carreira policial ou de outras carreiras do serviço público não menos importantes*”. (RMS n. 22.089/MS, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 13.8.2007)

A idoneidade moral, segundo De Plácido e Silva, “*é a que se gera da honestidade ou dos modos de ação da pessoa no meio em que vive, em virtude do que é apontada e reconhecida como pessoa de bem*”. (Vocabulário jurídico. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 777)

Como dito, na hipótese em tela, o candidato, ora impetrante, foi reprovado na fase de investigação social porquanto possuía três protestos em seu desfavor: o primeiro um cheque no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais); os outros dois são duas duplicatas com vencimentos, respectivamente, em 15.6.2012 e 14.7.2012, ambas no valor de R\$400,00 (quatrocentos reais).

Confesso que ao debruçar-me a pesquisar na jurisprudência julgados que se assemelham ao tema, encontrei, deste egrégio Tribunal, apenas uma decisão, cujo relator foi o eminente Desembargador Jaime Ramos.

Transcrevo a ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - POLÍCIA CIVIL - SECRETÁRIOS DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA E DA ADMINISTRAÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA “AD CAUSAM” ACOLHIDA EM RELAÇÃO À SEGUNDA AUTORIDADE - AGENTE DE POLÍCIA CIVIL - INVESTIGAÇÃO SOCIAL PREVISTA NO EDITAL - DIVERSAS INSCRIÇÕES EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO - CANDIDATO CONSIDERADO “NÃO RECOMENDADO” PARA O CARGO - PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO - ORDEM DENEGADA.

(...)

“A investigação social, em concurso público, não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que porventura tenha praticado. Serve, também, para avaliar a sua conduta moral e social no decorrer de sua vida, visando aferir seu comportamento frente aos deveres e proibições impostos ao ocupante de cargo público da carreira policial ou de outras carreiras do serviço público não menos importantes” (STJ - RMS n. 22.089/MS, Rel. Ministro Felix Fischer), motivo pelo qual a existência, em nome do impetrante, de dezessete (17) registros de inadimplência no serviço de proteção ao crédito, aliado a outras condutas moralmente reprováveis, revela potencial incompatibilidade com o exercício da dura e nobre atividade policial. (Mandado de Segurança n. 2011.068107-9, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. 9.11.2011)

A respectiva impetração, na hipótese acima, também fora dirigida a combater ato que reprovou o candidato na fase de investigação social, justamente por possuir protestos e/ou inscrições nos órgãos de proteção ao crédito.

Conforme se depreende da ementa do julgado, o candidato, naquela oportunidade, foi reprovado porque contra seu nome pesavam “*dezessete (17) registros de inadimplência no serviço de proteção ao crédito, aliado a outras condutas moralmente reprováveis*”, o que “*revela potencial incompatibilidade com o exercício da dura e nobre atividade policial*”.

Concordo com o Desembargador Jaime Ramos, pois naquele caso o fato do impetrante ostentar 17 inscrições em órgãos de proteção ao crédito, aliado a outras condutas reprováveis, caracterizara de fato sua idoneidade moral para fazer parte da corporação militar.

A presente hipótese, no entanto, difere sobremaneira do caso anterior, notadamente porque contra o impetrante, ao menos não há prova em contrário nos autos, não pesa qualquer acusação de estelionato ou algo do gênero, e até mesmo porque estes protestos não comprovam seja ele um devedor contumaz. O que se pode conjecturar é o que o impetrante enfrentou dificuldades financeiras de ordem que não sabemos, e o impossibilitou então de honrar seus compromissos. Porém, repito, longe de caracteriza-lo como devedor contumaz.

Em que pese todo o esforço da corporação militar em zelar pelo seu nome, bem como exigir dos seus servidores idoneidade moral e conduta social ilibada, entendo que o caso concreto clama por uma certa dose prudência, pois, como sabemos, a suscetibilidade para dificuldades financeiras está presente em nosso dia a dia.

Como bem concluiu o eminente Desembargador Jaime Ramos, ao proferir voto no mandado de segurança n. 2011.068107-9, cuja questão de fundo se identifica com a presente, *“É evidente que qualquer cidadão, em razão de circunstâncias financeiras desfavoráveis (crise econômica, desemprego, doença ou qualquer outro motivo), alheias a sua vontade, está sujeito a ter que deixar, eventualmente, de honrar alguns compromissos financeiros (inadimplência). De igual modo, analisada isoladamente a conduta, não se pode dizer que não tem conduta ilibada ou idoneidade moral aquele que comete infrações de trânsito, sobretudo quando o recurso administrativo ainda se encontra pendente de julgamento”*.

Assim, por mais que um protesto possa representar mácula à conduta do cidadão, principalmente àqueles que procuram honrar pontualmente seus compromissos, ao meu sentir, não seria razoável e tampouco proporcional inadmitir que o candidato/impetrante ingresse nos quadros da ativa Polícia Militar, pelo fato de ostentar três protestos.

Do escólio de *Luís Roberto Barroso* extrai-se ponderosos ensinamentos a respeito dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade:

I. A interpretação constitucional tradicional assenta-se em um modelo de regras, aplicáveis mediante subsunção, cabendo ao intérprete o papel de revelar o sentido das normas e fazê-las incidir no caso concreto. Os juízos que formula são de fato, e não de valor. Por tal razão, não lhe toca função criativa do Direito, mas apenas uma atividade de conhecimento técnico. Esta perspectiva convencional ainda continua de grande valia na solução de boa parte dos problemas jurídicos, mas nem sempre é suficiente para lidar com as questões constitucionais, notadamente a colisão de direitos fundamentais.

II. A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre o fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação.

[...]

A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. (BARROSO, Luís Roberto (org). *O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.* in *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 375/376)

Nesse mesmo desiderato, *Marcelo Novelino* escreve:

A proporcionalidade em sentido estrito está vinculada à verificação do custo-benefício da medida, aferida por meio de uma ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. A interferência na esfera dos direitos dos cidadãos só será justificável se o benefício trazido for maior que o ônus já imposto. Nesse caso, meio e fim são equacionados mediante um *juízo de ponderação*, para que sejam pesadas as ‘desvantagens do meio em relação às vantagens do fim. (*Direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008. p. 81)

Destarte, num juízo de ponderação, no enfoque do caso concreto, entendo que o fato do candidato/impetrante ter apresentado certidão positiva com três protestos em seu desfavor, não desabona sua conduta e nem o torna inapto para servir a Polícia Militar do Estado de Santa Catarina.

O Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo, assim decidiu:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INGRESSO NAS ATIVIDADES NOTARIAIS E DE REGISTRO. EXCLUSÃO DO CERTAME. FASE DE INVESTIGAÇÃO DE VIDA FUNCIONAL E INDIVIDUAL. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CERTIDÃO DESABONADORA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

1. Caso em que se impetra mandado de segurança contra ato o qual inabilitou o impetrante do concurso público para o ingresso nas atividades notariais e de registro do Estado do Acre, com arrimo na alínea “e” do item 10.1.2 do Edital n. 1/2006 (apresentação de certidão positiva do Distribuidor Cível do Estado do Rio de Janeiro).

2. O ato coator é consubstanciado na exclusão do recorrente do concurso público por não comprovação de requisito constante do edital, sendo certo que essa exclusão está devidamente comprovada através de comunicação eletrônica (e-mail) recebida, pelo recorrente, em sua caixa de correio eletrônico. Deveras, esse documento tem a propriedade de comprovar o ato coator e as consequências que dele derivam, o que torna despcienda a juntada do edital. Logo, ressoa inequívoco que o *writ* of mandamus está guarnecido de prova pré-constituída.
3. O candidato não pode ser instado a comprovar a inexistência de apontamentos no cartório distribuidor cível justamente em face da ausência de previsão legal para tanto.
4. O controle das regras e das exigências dispostas em edital de concurso público pelo Poder Judiciário deve restringir-se aos princípios constitucionais, como a razoabilidade e a proporcionalidade. Diante disso, sobreleva notar que exclusão do certame em razão das certidões positivas não se revela proporcional ou razoável, máxime porque a existência de duas ações, uma de despejo por falta de pagamento e outra de cobrança, em desfavor do recorrente não ostentam a propriedade de desabonar a sua conduta.
5. Recurso ordinário provido, para conceder a segurança. (RMS 29073 / AC, rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. 25.5.2010)

Pelo exposto, voto para conceder a segurança, determinando-se, por conseguinte, que o impetrante seja considerado aprovado na fase de investigação social, se o motivo da sua reprovação for unicamente a certidão positiva de protestos acostada à fl. 40.

Sem honorários porque incabíveis na espécie e sem custas ante a isenção da Fazenda Pública.

É o voto.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Rodrigo Cunha
Ausente a circunstância do art. 151, § 2º, do Regimento Interno
deste Tribunal, abstenho-me de lavrar declaração de voto vencido.

Florianópolis, 19 de maio de 2014.

Desembargador Rodrigo Cunha

Declaração de voto vencedor do Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto

Não farei declaração de voto vencedor.

Florianópolis, 28 de maio de 2014

Desembargador Newton Trisotto

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2009.044289-6, de São Francisco do Sul

Relator: Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

RESPONSABILIDADE CIVIL. EQUÍVOCO DE EMPRESA TERCEIRIZADA NA VENDA DE PASSAGEM RODOVIÁRIA, DE SÃO FRANCISCO DO SUL ATÉ JOINVILLE, INVIABILIZANDO O EMBARQUE, PORQUE ERA FERIADO E NAQUELE DIA A EMPRESA DE ÔNIBUS NÃO ATENDERIA AQUELA LINHA. AUTORA QUE CONSEGUIU CHEGAR ATÉ O LOCAL DO DESTINO POR MEIO DE CARONA E PROSEGUIR NORMALMENTE A VIAGEM QUE ESTAVA PROGRAMADA, DE JOINVILLE A CANOINHAS. ABORRECI-
CIMENTO INCAPAZ DE GERAR RESSARCIMENTO POR ABALO MORAL. DANOS MATERIAIS APENAS EM RELAÇÃO AO VALOR DA PASSAGEM DE ÔNIBUS NÃO UTILIZADA E AO TÁXI QUE A TRANSPORTOU DA RODOVIÁRIA ATÉ A CASA DE SEUS AMIGOS PARA PEGAR A CARONA, QUE LHE FOI OFERECIDA DE FORMA GRATUITA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2009.044289-6, da comarca de São Francisco do Sul (1ª Vara), em que é apelante Ana Amélia dos Santos Barbosa e apelado Viação Verdes Mares Ltda e outros:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, desprover o recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores José Gaspar Rubick (Presidente) e Newton Trisotto.

Florianópolis, 30 de janeiro de 2014.

Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

RELATOR

RELATÓRIO

Ana Amélia dos Santos Barbosa propôs “ação ordinária de reparação de danos” em face de Viação Verdes Mares Ltda, Chuá Papelaria ME e Gilmar da Rosa.

Alegou que adquiriu passagem rodoviária da primeira requerida, por intermédio do último réu, funcionário do segundo requerido. No dia da viagem, após pegar um táxi até a rodoviária, surpreendeu-se ao saber que, em razão do feriado, a primeira ré não iria realizar seu transporte, tendo que pegar outro táxi para ir até a casa de um casal de amigos que a deram uma carona até Joinville, uma vez que lá teria que pegar outro ônibus para chegar ao seu destino, a cidade de Canoinhas. Estes fatos a constrangeram sobremaneira, além de terem causado danos materiais.

Postulou indenização por danos morais e materiais.

Em contestação, o segundo e terceiro réus arguíram em preliminar a carência da ação por falta de interesse processual e a inépcia da inicial por falta de causa de pedir e por pedido juridicamente impossível. No mérito, alegaram que o único prejuízo causado à autora foi o gasto com a passagem inutilizada, pois os demais valores despendidos eram de sua responsabilidade. Sustentaram, ainda, que não existe dano moral no fato de pegar uma carona com amigos, mormente porque conseguiu chegar sem maiores problemas ao local desejado.

A primeira ré também refutou a existência de danos morais e requereu a improcedência deste pedido.

Foi proferida sentença cuja conclusão é a seguinte:

Ante o exposto julgo procedente em parte o pedido da autora, condenando os requeridos ao pagamento da importância de R\$4,86 (quatro reais e oitenta e seis centavos), referente a passagem e mais a importância de R\$20,00 (vinte reais), referente a corrida do táxi da Rodoviária até a casa do Sr. Alberto Nunes Dantas, devidamente corrigidas a partir da citação. Custas processuais e honorários advocatícios em proporção, nos termos do art. 21, do CPC, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa. P. R. I. (f. 100/105).

A autora sustenta, em apelação, que os réus devem ser condenados a ressarcir o combustível gasto pelos seus amigos que lhe deram carona e que deve ser julgado procedente o pedido de indenização por dano moral, pois a situação vivenciada supera um mero aborrecimento.

Com as contrarrazões (f.128/135 e 136/138), os autos ascenderam, entendendo a d. Procuradoria-Geral de Justiça ausente o interesse ministerial (f. 154).

VOTO

1. Do dano material

Tratando-se de relação de consumo, deve ser aplicado o disposto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que atribui ao fornecedor de serviços a responsabilidade pelos danos causados aos consumidores, independentemente de culpa.

No caso, o terceiro réu, empregado do segundo requerido, admitiu em depoimento pessoal que, por equívoco, vendeu à autora passagem de ônibus da empresa da terceira ré para data em que esta não realizaria condução de passageiros. Em razão disso, a autora teve que pegar um táxi até a casa de um casal de amigos que lhe deram carona até o seu destino.

Em audiência de instrução, a testemunha Hivanilde Diná Pereira Dantas afirmou que “seu marido não efetuou nenhuma cobrança da autora para levá-la até Joinville” (f. 72). Da mesma forma, a testemunha Alberto Nunes Dantas disse que “não cobrou da autora as despesas que teve com o transporte para levá-la até Joinville” (f. 75).

Assim, verifica-se que os únicos prejuízos materiais que a autora sofreu foram referentes ao valor da passagem de ônibus não utilizada e ao táxi que a transportou da rodoviária até a casa de seus amigos, pois estes não lhe cobraram nenhum valor para levá-la à cidade de destino, não tendo a requerente legitimidade para requerer o ressarcimento de valores gastos por outrem, sob pena de violação ao art. 6º do CPC.

2. Do dano moral

No que toca ao dano moral, a sentença proferida pela MM. Juíza Hildemar Meneguzzi de Carvalho deve ser confirmada por seus próprios fundamentos, os quais adoto como razão de decidir:

‘Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. (...) Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca’ Direito civil – responsabilidade civil, 4ª ed., p. 39. 1.

E, ainda, ensina Sergio Cavalieri Filho:

‘(...) só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito,

entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

(...) dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando estiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém' Programa de responsabilidade civil, 3ª ed., p. 89. 2.

Assim, é necessária a demonstração do acontecimento de fatos tão gravosos a ponto de gerar a presunção da ocorrência de danos morais, o que, nada obstante as razões e as provas colacionadas nos autos, não se pode vislumbrar.

Não se duvide que o fato da autora tomar conhecimento de que não teria linha regular de ônibus de São Francisco do Sul até Joinville naquele horário, foi, de certa maneira preocupante, haja vista que ela tinha outra viagem agendada de Joinville para Canoinhas, no entanto, apesar dos aborrecimentos, não se vislumbra qualquer dano moral a ser ressarcido.

Ademais, o fato da autora ter solicitado ao Sr. Alberto Nunes Dantas uma carona até Joinville, não lhe trouxe maiores conseqüências, e não configura dor, vexame ou humilhação que gere abalo a dignidade da autora, até porque tal pessoa é justamente o padrasto do rapaz com quem a autora foi viajar para Canoinhas, viagem esta que aconteceu normalmente, sem qualquer imprevisto.

Também não se vislumbra conduta ilícita capaz de amparar a pretensão da autora, eis que a atitude do vendedor de passagens não demonstrou que tenha agido de má-fé, na verdade, o mesmo equivocou-se e vendeu uma passagem no dia do feriado "Corpus Christi", sem perceber que naquele dia não haveria linha de ônibus de São Francisco do Sul para Joinville. Tanto foi assim, que o mesmo prontificou-se a ressarcir a autora de todas as despesas, o que só não aconteceu porque a autora decidiu ajuizar a presente ação.

Por outro lado, em momento algum foi comprovado nos autos que a autora tenha sofrido qualquer vexame ou humilhação, tendo assegurado a testemunha Alberto Nunes Dantas, que a mesma estava apenas muito nervosa, sentimento esse que não é passível de indenização por dano moral. (f. 104).

Neste sentido, colhe-se do TJSC:

DIREITO CIVIL - OBRIGAÇÕES - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MATERIAIS E MORAIS - EQUÍVOCO NA VENDA DE PASSAGEM VIÁRIA - ATRASO DE ÔNIBUS - IMPROCEDÊNCIA NO JUÍZO *A QUO* - INSURGÊNCIA DO AUTOR - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - TRANSTORNOS PELO ATRASO DO ÔNIBUS - AFLIÇÃO DECORRENTE DE EQUÍVOCO EFETUADO PELA EMPRESA RÉ NA VENDA DE BILHETE- ALEGAÇÕES AFASTADAS - MERO DISSABOR - DANO MORAL INEXISTENTE - DANO MATERIAL INCOMPROVADO - RECURSO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA. Aborrecimentos cotidianos não podem ser erigidos à condição de danos morais porque a tolerância é indispensável à convivência social. (...) (TJSC, Apelação Cível n. 2011.100500-5, da Capital, rel. Des. Monteiro Rocha, Quinta Câmara de Direito Civil j. 04-10-2012).

3. Conclusão

Voto pelo desprovimento do recurso.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2013.057791-0, de Criciúma

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PREFACIAL AFASTADA. TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL. PRORROGAÇÃO DA CONCESSÃO, COM O ESCOPO DE RESTABELECEER O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO E AMORTIZAR OS PREJUÍZOS ACUMULADOS PELAS CONCESSIONÁRIAS. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO EM AÇÃO JULGADA POR ESTA CÂMARA. INDENIZAÇÃO DE ELEVADA MONTA, QUE REPRESENTA ONEROSIDADE DEMASIADA AOS COFRES PÚBLICOS. POSSIBILIDADE DE PRORROGAR. PONDERAÇÃO DOS INTERESSES EM JOGO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE EXTINGUIR A CONCESSÃO, CASO HAJA AMORTIZAÇÃO DOS CUSTOS ANTES DE FINDO O PRAZO DE PRORROGAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSOS PROVIDOS.

1. “É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público” (REsp n. 403355/DF, Min. Eliana Calmon).

2. Como cediço, os prestadores de serviços públicos, ao longo dos períodos de concessão ou permissão do serviço têm inequívoco direito ao equilíbrio econômico-financeiro atinente ao vínculo estabelecido com o Poder Público e que, pois, quando da conclusão do liame, se restar a descoberto algum crédito daí derivado, revela-se cabível a indenização por este remanescente insatisfeito.

3. “O princípio da proporcionalidade impede que se imponha ao concessionário o dever de sofrer perda patrimonial tal com exclui a elevação de tarifas que possam colocar em risco a estabilidade econômica da Nação. Também exclui a possibilidade de que se constanja o poder público a desembolsar vultosos recursos para indenizar o contratado apenas porque se reputa indispensável extinguir a contratação e realizar licitação. Soluções extremadas, que ignoram as consequências secundárias da preponderância de um único valor, não são conformes ao Direito. Não se cumpre a vontade da Constituição quando se desmerece um valor nela consagrado, ainda que pretexto de dar aplicação às próprias normas constitucionais.

Uma alternativa consistiria na aplicação dos prazos da concessão, de modo a assegurar que o prazo mais longo permita a realização dos resultados assegurados ao interessado. A prorrogação é compatível com a Constituição especialmente quando todas as outras alternativas para produzir a recomposição acarretariam sacrifícios ou lesões irreparáveis às finanças públicas ou aos interesses dos usuários. Essa é a alternativa que realiza, do modo mais intenso possível, todos os valores e princípios constitucionais. Compõem-se os diferentes princípios e obtém-se a realização harmônica de todos eles.

Por isso, alterou-se o entendimento para aceitar a solução da prorrogação do prazo da concessão como instrumento para produzir a recomposição da equação econômico-financeira original.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 406)

4. Em um juízo de ponderação, no enfoque do caso concreto, em que conflitam o dever do Administrador Público em proceder com a realização de licitação para a concessão de serviços públicos, e do outro lado o direito das concessionárias de auferirem a justa indenização em decorrência do desequilíbrio econômico-financeiro no liame dos contratos entabulados com a Municipalidade, vislumbro que a forma menos onerosa e penosa para o interesse da coletividade, nesta hipótese, é a convalidação da prorrogação da concessão. Isso porque, os créditos das concessionárias, os quais foram inclusive reconhecidos e confirmados por decisão desta colenda Câmara, representariam impacto de elevada proporção para os cofres municipais por conta da vultosa quantia a ser paga a título indenizatório, e que, por conseguinte, acarretariam sérios danos à saúde financeira do ente público.

5. Há de se ressaltar, contudo, que, caso no transcurso da prorrogação verifique-se, nos termos do laudo pericial produzido na ação n. 020.08.018833-8, que os prejuízos das concessionárias foram diluídos e o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato então restabelecido, o Município deverá declarar

extinta a concessão e, via de consequência, proceder na realização de licitação.

Ou ainda, se o ente público no transcurso da prorrogação dispuser de recursos financeiros suficientes e entender que deva indenizar as concessionárias pelos prejuízos suportados, estará, então, autorizado a extinguir a concessão e deflagrar procedimento licitatório para a prestação do serviço de transporte coletivo municipal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.057791-0, da comarca de Criciúma (2ª Vara da Fazenda), em que é apelante Expresso Coletivo Forquilha Ltda e outros, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento aos recursos para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial. Sem custas e sem honorários advocatícios.

Participaram do julgamento, realizado no dia 6 de maio de 2014, os Exmos. Srs. Des. Cid Goulart e Des. João Henrique Blasi. Funcionou como representante do Ministério Público o(a) Dr(a). Lenir Roslindo Piffer.

Florianópolis, 6 de maio de 2014.

Sérgio Roberto Baasch Luz

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca de Criciúma o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por meio do seu representante, ajuizou, em face do Município de Criciúma, Expresso Coletivo Forquilha, Expresso Rio Maina Ltda, Auto Viação Critur Ltda e Zelindo Trento e Cia Ltda, ação civil pública com pedido de liminar, com o objetivo de declarar a invalidade das concessões de linhas de transporte urbano entregues sem licitação a

estas sociedades empresárias, bem como das prorrogações e renovações dos contratos de concessão ocorridos em dezembro de 2010, e ainda determinar que o Município de Criciúma realize procedimento licitatório para tal.

Sustentou que, de acordo com o apurado no Inquérito Civil n. 08.2012.00140974-3, o Município de Criciúma, em 30 de dezembro de 2010, prorrogou por 20 (vinte) anos os contratos de concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiros com as sociedades rés.

Salientou que o único processo licitatório para a concessão do serviço de transporte coletivo no âmbito do Município de Criciúma que se tem notícia ocorreu em 1982, e a Administração Pública sequer possui documentos que indiquem quais teriam sido os vencedores do certame.

Disse que a partir de 1982, a despeito do crescimento do número de linhas de transporte coletivo (que passaram de 21, de acordo com o edital da Concorrência Pública 005/82, para um total de 63 linhas, conforme informação constante do sítio da ASTC na internet), jamais foi realizado qualquer procedimento licitatório, limitando-se a municipalidade a outorgar, ao arpejo da lei, o direito das atuais concessionárias explorarem as novas linhas criadas e a prorrogar os contratos das linhas já existentes.

Afirmou que, diante desse cenário, serão 50 (cinquenta) anos ininterruptos de exploração do serviço público de transporte coletivo de passageiros, com base em uma licitação e em contratos administrativos que sequer foram localizados, e com a concessão de novas linhas sem procedimento licitatório, em completo desrespeito à Constituição Federal e à legislação correlata.

Enfatizando estarem presentes os requisitos *fumus boni juris* e *periculum in mora*, postulou a concessão da liminar e, ao final, a procedência dos pedidos.

Devidamente notificado (fl. 41), o Município prestou informações (fls. 46-58).

A liminar foi parcialmente deferida para determinar que o Município, no prazo de 30 (trinta) dias, constituísse comissão “*para análise do serviço público de transporte coletivo urbano, realizando os levantamentos e avaliações indispensáveis à organização da licitação*”. (fls. 76-88)

Citadas as concessionárias réis defenderam-se por meio de contestação, aduzindo, inicialmente, a inadequação da ação civil pública para questionar a inconstitucionalidade ou legitimidade de lei.

No mérito, alegaram que o Administrador Público, buscando atender as recentes necessidades e demandas dos usuários do transporte público coletivo no âmbito do Município de Criciúma, criou novas linhas e implementou outros serviços de transporte, o que exigiu das concessionárias investimentos de elevada monta.

Asseveraram que como contrapartida aos investimentos realizados é assegurada justa remuneração, que deve se traduzir na justa recomposição do capital imobilizado na execução dos serviços concedidos.

Ademais, ressaltam que, de acordo com parecer elaborado mediante criteriosa análise técnica por especialista do ramo, constatou-se que a remuneração dos serviços públicos de transporte coletivo urbano de Criciúma não se confirmou suficiente para o ressarcimento dos gastos e para a justa remuneração do capital imobilizado.

Concluíram afirmando que a prorrogação contratual adequa-se ao princípio da proporcionalidade, uma vez que de um lado impede que o concessionário sofra perda patrimonial e, de outra, que o poder público seja constrangido a desembolsar vultosos recursos apenas porque se reputa indispensável extinguir a contratação e realizar licitação. (fls. 137-158)

Por sua vez, o Município de Criciúma apresentou contestação, apontando, prefacialmente, a impossibilidade da concessão de medida liminar face o seu caráter satisfativo.

No mérito, defendeu que a prorrogação dos contratos por mais vinte anos a partir de 2010, justificou-se para afastar a possibilidade do Município ter de arcar com o déficit indicado em parecer técnico, ou seja, a prorrogação foi com o intuito de evitar o pagamento de indenizações às concessionárias pelos créditos remanescentes de investimentos não amortizados.

Ao final argumentou que o prazo para realização de procedimento licitatório não pode ser inferior a 24 meses, nos termos da legislação de regência, pugnando, então, pela improcedência do pedido. (fls. 163-170)

Houve réplica. (fls. 199-209)

Após, sobreveio a entrega da prestação jurisdicional, no seguintes termos:

Ex positis, julgo PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial para, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 9, 1 da Lei Municipal n. 3.229/95, reconhecer a invalidade das concessões de linhas de transporte ocorridas em favor das rés sem licitação, bem como das prorrogações e renovações dos contratos de concessão do serviço público de transporte coletivo urbano ocorridas no final de 2010, e, conseqüentemente, determinar que o Município de Criciúma, dentro do prazo de 10 (dez) meses, realize procedimento licitatório para a concessão do referido serviço, sob pena de multa diária na hipótese de descumprimento, a ser revertida em prol do Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados de Santa Catarina, que fixo desde já em R\$20.000,00 (vinte mil reais).

Em face do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, diante de todo o explicitado na fundamentação deste julgado, do qual extrai-se, além das graves irregularidades na exploração do serviço público de transporte coletivo urbano deste Município, a necessidade premente de sustar as renovações e pror-

rogações de contratos ilícitos, dando por satisfeitos os requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, determino que o Município de Criciúma, dentro do prazo de 10 (dez) meses, realize procedimento licitatório para a concessão do referido serviço, sob pena de multa diária na hipótese de descumprimento, fixada em R\$20.000,00 (vinte mil reais). (fls. 231)

Irresignados, as concessionárias e o Município de Criciúma, respectivamente, interpuseram recursos de apelação, repisando, em síntese, os argumentos das suas peças de defesa. (fls. 241-257 e 261-271)

Contrarrazões às fls. 273-282.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Jacson Corrêa, opinou pelo desprovimento dos recursos. (fls. 292-297)

É o relatório.

VOTO

Primeiramente, com relação à preliminar de inadequação da via eleita, esta não merece prosperar, pois segundo entendimento jurisprudencial tanto desta egrégia Corte quanto do Superior Tribunal de Justiça, é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, em sede de ação civil pública, quando a controvérsia constitucional figurar como causa de pedir ou questão prejudicial indispensável à resolução do litígio principal.

In casu, o Ministério Público não está buscando apenas declaração de inconstitucionalidade da lei, uma vez que tal requerimento figura apenas como causa de pedir imprescindível ao reconhecimento do objetivo principal, qual seja, a declaração de nulidade da outorga de concessão dos serviços de transporte público, ocorridos sem licitação.

A propósito, haure-se deste Areópago:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONTROLE DIFUSO - POSSIBILIDADE

“É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público” (REsp n. 403355/DF, Min. Eliana Calmon).

(...)

(Apelação Cível n. 2011.063515-1, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 19.3.2013)

E do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: POSSIBILIDADE.

1. É pacífico o entendimento nesta Corte Superior no sentido de que a inconstitucionalidade de determinada lei pode ser alegada em ação civil pública, desde que a título de causa de pedir – e não de pedido –, uma vez que, neste caso, o controle de constitucionalidade terá caráter incidental. Precedentes STJ E STF.

2. Como constatado pelo Tribunal *a quo*, “resta incontestado que a pretensão do autor é a declaração, incidenter tantum, de inconstitucionalidade de lei federal, por meio de ação civil pública, com efeitos erga omnes (art. 16 da Lei n. 7.347/1985)” (fls. 509). Logo, não se pode falar em incompetência do juízo ou inadequação da via eleita, uma vez que há a possibilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade como pedido incidental em ação civil pública.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1418192 / MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 18.2.2014)

Tollitur quaestio, passo ao mérito.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público contra as concessionárias do serviço de transporte coletivo urbano e o Município de Criciúma, objetivando a declaração de invalidade da prorrogação dos contratos de concessão do serviço, bem como visando compelir a municipalidade a realizar licitação.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a concessão dos serviços públicos passou a ser condicionada ao prévio procedimento licitatório.

Esta a dicção dos arts. 37, inciso XXI, e 175 da Magna Carta:

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.

(...)

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.

Posteriormente, em 1995 foi editada a Lei n. 8.987, cujo teor trata sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e que em seu art. 14 prescreve:

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

Infere-se dos comandos em exposição que, para as concessões de serviço público, é imprescindível a realização de prévia licitação.

No caso presente, o Município de Criciúma, todavia, no mês de dezembro de 2010, prorrogou a concessão do serviço público de transporte coletivo no seu território por mais 20 (vinte) anos às atuais concessionárias, dispensando a realização de procedimento licitatório. A justificativa para tanto extrai-se do “*Termo Aditivo ao Contrato de Concessão para Prestação de Serviços de Transporte Coletivo Urbano*” (fls. 216-217 do vol. 1 do apenso):

CLÁUSULA PRIMEIRA – o presente Termo Aditivo tem por objeto prorrogar o prazo de concessão, por 20 (vinte) anos, do Serviço Público de Transporte Coletivo de Passageiros do Município de Criciúma, com exclusividade na área de atuação já contratada abrangida pela faixa de acessibilidade/ abrangência das linhas concedidas pelo Poder Concedente, contados a partir de 1º de janeiro de 2011, de modo a indenizar a Concessionária dos créditos remanescentes de investimentos não amortizados e/ou depreciados, nos termos da Lei.

Subcláusula Primeira – Os créditos remanescentes de investimentos não amortizados e/ou depreciados foram apurados mediante estudo técnico ne-

cessário para levantamento dos elementos físicos constituintes da infra-estrutura de bens reversíveis, bem como dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, e auditados pelo IPRU – Instituto Professor Rainoldo Uessler, instituição especializada escolhida de comum acordo pelas partes, cujo Relatório de Auditoria fica fazendo parte integrante do presente termo Aditivo.

Subcláusula Segunda – Os critérios e a forma de indenização prevista na Cláusula Primeira do presente Termo Aditivo foi estabelecida de comum acordo entre as partes em reunião realizada no dia 28 de dezembro de 2010, ocasião em que foi apresentado o Relatório de Auditoria elaborado pelo IPRU – Instituto Professor Rainoldo Uessler, em cumprimento ao estabelecido no art. 42, § 3º, I a III, e §4º da Lei nº 8.987/95, alterada pela Lei nº 11.445/07, cuja Ata de Reunião fica fazendo parte integrante deste instrumento.

Subcláusula Terceira – As partes signatárias do presente Termo Aditivo re-ratificam o Relatório de Auditoria (auditoria dos cálculos realizados para a apuração do valor da tarifa do transporte coletivo urbano do Município de Criciúma no período de 1996 a 2010) elaborado pelo IPRU – Instituto Professor Rainoldo Uessler, validando-o para todos os fins de direito.

Subcláusula Quarta – As partes signatárias do presente Termo Aditivo reconhecem a existência de saldo remanescente a ser ressarcido à Concessionária por parte da Concedente, cujo montante foi apurado de acordo com o Relatório de Auditoria, observando a seguinte percentagem de composição de cada Concessionária: Zelindo Trento & Cia. Ltda., 3,53% (três inteiros e cinquenta e três centésimos percentuais); Auto Viação Critur, 20,65% (vinte inteiros e sessenta e cinco centésimos percentuais); Expresso Rio Maina Ltda., 35,63% (trinta e cinco inteiros e sessenta e três centésimos percentuais); e Expresso Coletivo Forquilha Ltda., 40,19% (quarenta inteiros e dezenove centésimos percentuais).

Vê-se, portanto, que o fator propulsor para que fosse pactuado o aludido Termo Aditivo, foi o fato de que, após a elaboração de estudo técnico por profissional com notório conhecimento no ramo, restou constatado o déficit suportado pelas prestadoras do serviço público ao

longo dos anos, o que refletiu no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por conta disso, estas empresas tornaram-se credoras do Município, fazendo jus ao recebimento de indenização em razão desse descompasso originado da insuficiente remuneração pelos serviços prestados e os investimentos realizados. Ou seja, o valor tarifário do serviço público não se mostrou bastante para ressarcir os gastos e a justa remuneração do capital imobilizado pelas empresas requeridas.

Como cediço, os prestadores de serviços públicos, ao longo dos períodos de concessão ou permissão do serviço têm inequívoco direito ao equilíbrio econômico-financeiro atinente ao vínculo estabelecido com o Poder Público e que, pois, quando da conclusão do liame, se restar a descoberto algum crédito daí derivado, revela-se cabível a indenização por este remanescente insatisfeito.

Este Pretório tem orientado:

“A concessão pode ser alterada pelo poder concedente, mas a mudança não pode quebrar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, pois o concessionário tem direito adquirido, líquido e certo, à remuneração nas bases inicialmente ajustadas. (Desembargador Amaral e Silva) ‘Mesmo nos contratos administrativos, ao poder de alteração unilateral do Poder Público contrapõe-se o direito que tem o particular de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, considerando-se o encargo assumido e a contraprestação pecuniária garantida pela administração. (Ministro Edson Vidigal) (Apelação Cível n. 2008.059014-9, de Mafra, Rel. Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 13.4.2010)”

Aliás, a este respeito, vale destacar ainda o que vaticinou o eminente Des. Cid Goulart, ao relatar a apelação cível n. 2010.022014-6: *“Constatado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato diante da falta de reajuste das tarifas e dos investimentos substanciais realizados*

pela concessionária, impende ao Poder Concedente ressarcir os prejuízos suportados, cujo valor deve ser apurado em liquidação de sentença”.

Foi também o eminente Desembargador Cid Goulart que, analisando ação de obrigação de fazer intentada por este mesmo grupo de empresas prestadoras de serviços público de transporte coletivo no Município de Criciúma, cujo objetivo era reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos por meio do reajuste tarifário, assentou o dever do Município em pagar perdas e danos consistentes na diferença a ser apurada entre as tarifas praticadas e o valor que efetivamente deveria ser aplicado, de acordo com os critérios definidos na perícia judicial produzida nos autos.

Do corpo do mencionado julgado extrai-se:

Pelas mesmas razões e fundamentos, tem-se que a prestação dos serviços de transporte urbano municipal realizada pelas recorrentes, ainda que através de renovações/prorrogações sem submissão a processo licitatório, lhes garante a justa remuneração, isto é, o equilíbrio econômico-financeiro.

Entender o contrário seria legitimar o enriquecimento ilícito da Administração, autorizando-a a fixar valor insuficiente para a tarifa recebida por empresas que tem a obrigação de permanecer prestando o transporte público delegado, em caráter precário, por força do princípio da continuidade do serviço público.

In casu, a perícia judicial levada a efeito, realizada pelo Professor Rainoldo Uessler (fls. 1.931/1.976 – Volume 10), comprova a existência do alegado déficit tarifário, senão vejamos:

O expert nomeado pelo juízo *a quo* esclarece que o Manual de Cálculo Tarifário instituído pelo Decreto Municipal n. 649/AS/2007 não apresenta divergência em face do denominado Método GEIPOT/MT, cuja adoção foi estabelecida no Termo de Ajuste de Conduta – TAC – firmado.

Tal método é fruto dos estudos desenvolvidos pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria n. 644, de 9 de julho de 1993, do Ministério dos Trans-

portes, e que editou instruções práticas para o cálculo de tarifas de ônibus urbano que foram atualizadas até o ano de 1996 (http://www.geipot.gov.br/estudos_realizados/cartilha01/Tarifa/Tarifa.Htm).

O Grupo Executivo de Integração da Política de Transportes, criado através do decreto nº 57.003/1965, transformado em 1969 no Grupo de Estudos para Integração da Política de Transportes, subordinado ao Ministro de Estado dos Transportes, e, após, na Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes, através da Lei nº 5.908/1973, mantida a sigla GEIPOT.

Com a reestruturação do Ministério dos Transportes efetivada pela Lei n. 10.233/2001, foi criado o Conselho Nacional de Integração de Política de Transportes Terrestres – CONIT, que sucedeu o GEIPOT, sendo que este entrou em liquidação através do Decreto n. 4.135/2002 e foi extinto pela Medida Provisória n. 427/2008, convertida na Lei n. 11.772/2008, encontrando-se em processo de inventariança, conforme Decreto n. 6.485/2008.

De qualquer sorte, referido Método permanece como referência no âmbito da definição das tarifas relativas ao transporte urbano de passageiros.

Sobre a convergência entre o Manual de Cálculo Tarifário do Decreto Municipal n. 649/AS/2007 e o Método GEIPOT/MT esclareceu o perito:

“Comparando-se o Manual de Cálculo Tarifário, aprovado pelo Decreto nº 649/AS/2007, com o Método do GEIPOT/MT, verifica-se que a metodologia de cálculo de ambos os métodos não possuem divergência. As divergências existentes consistem na composição da vida útil da frota, valor residual, inclusão da remuneração e depreciação do sistema e equipamentos de bilheteagem eletrônica, bem como os custos e preço dos insumos industrializados.

“Em relação aos intervalos de confiança, o Manual de Cálculo Tarifário utiliza os mesmos adotados pelo Método GEIPOT/MT.

“Quanto aos parâmetros formadores do preço da tarifa e respectiva remuneração dos gastos, estes se baseiam na composição desagregada de custos, subdividindo-se em custos fixos e custos variáveis, sendo os custos fixos computados com base mensal e distribuídos por ônibus, destacando-se que nos custos fixos incluem-se as despesas administrativas. Os custos variáveis, por serem compostos por insumos que são consumidos somente com o deslocamento dos veículos da frota, são computados por quilômetro. Tanto para

a composição dos custos fixos assim como para a composição dos custos variáveis, os coeficientes de consumo e métodos de apropriação constam do Manual de Cálculo Tarifário aprovado pelo Decreto nº 649/AS/2007, cujos intervalos de confiança são os mesmos adotados pelo Método GEIPOT/MT. Em síntese, o Manual de Cálculo Tarifário fornece os elementos formadores do preço da tarifa, ou seja, dos custo unitário do passageiro pagante, bem como fornece o custo unitário do quilômetro rodado, o qual é a base para composição da remuneração dos serviços.” (fl. 1954 – Volume 10)

Mais adiante, respondendo a quesito formulado pelos apelados relativo ao reajuste tarifário proveniente do Decreto Municipal 590/SA/2008, esclareceu que “*as alterações ocorridas se deram nos percentuais e critérios de apuração dos dados que alimentam o método utilizado*” (fls. 1967/1968 – Volume 10), complementando que “*A principal causa da quebra do equilíbrio econômico do contrato se dá em função dos critérios adotados para apuração dos dados que alimentam o Método GEIPOT o que faz com que o custo real não seja suprido pelo valor da tarifa determinada pelo poder público, o que faz com que o resultado da subtração das despesas do total da receita seja insuficiente*” (fl. 1969 – Volume 10).

A mesma perícia elenca a origem das divergências constatadas no decorrer dos anos de 2007 e 2008, quais sejam, o percentual relativo aos encargos sociais suportados pelas empresas de transporte urbano; a idade dos veículos que compõem a frota; os gastos com a Associação Criciunense de Transporte Urbano – ACTU; e o valor dispendido com benefícios devidos aos empregados.

Acerca dos encargos sociais, o laudo aponta que o percentual considerado pelo escritório Bonin, que realizou levantamento solicitado pelos apelados, sob indicação do Ministério Público, por ocasião do segundo Termo de Ajuste de Conduta – TAC, em 2007, foi de 63,78%; enquanto o laudo apresentado pelos apelantes indicava 74,18%; e o IPC 84,20% (fl. 1965 – Volume 10). O perito judicial, entretanto, apurou uma despesa a tal título correspondente a 82,22% da folha de pagamentos (conforme cálculos de fls. 1963-1965 – Volume 10).

A contagem da idade da frota, por sua vez, deve adotar como critério a data em que o veículo “*inicia seus serviços, devendo ser levado em conta que mesmo as empresas tendo adquirido os chassis e as carrocerias, os veículos*

precisam ser montados para poderem entrar em circulação e serem ocupados pelos passageiros” (fl. 1966 – Volume 10), apontando como adequada a data de encarroçamento (fl. 1973 – Volume 10). Os apelados, porém, consideraram a data da aquisição do chassi, o que implicou em discrepâncias.

Relativamente às despesas com a ACTU, a perícia judicial destacou que não foram apresentados estudos estatísticos para a obtenção do intervalo de confiança de 2,5% a 3,00%, apenas a sugestão de alguns itens conforme avaliação do escritório Bonin Engenharia de Avaliações (fl. 1966 – Volume 10). O perito, por sua vez, apurou o percentual correto “*através da Demonstração de Resultado do Exercício dos anos de 2006 e 2007*”, ou seja, 4,71% e 5,59% da arrecadação do sistema, respectivamente (fl. 1975 – Volume 10).

Finalmente, quanto aos benefícios sociais (vale refeição, uniforme, medicina do trabalho e fundo assistencial) apurou-se o *quantum* efetivo através das “*notas fiscais e cópia das contas razão relativas aos gastos efetuados pelas empresas com vale alimentação, com uniforme, o qual foi apurado a média anual, com medicina do trabalho e com fundo assistencial*” (fl. 1974 – Volume 10), ante a incorreção praticada pelos recorridos, pois, “*Considerando que as despesas com benefícios deverão ser pagas por um período de um ano após a data da convenção coletiva, o valor a ser considerado é o valor que está sendo pago, e não o valor histórico, uma vez que este valor histórico reflete aquilo que a empresa já pagou e não a sua obrigação para com o funcionário no período subsequente*” (fl. 1965 – Volume 10).

Ao final, concluiu o perito do juízo:

“f) que considerando os requerimentos efetuados pelas Autoras no cálculo das tarifas, que são: revisão dos encargos sociais, idade de frota, apurada a partir da data em que o veículo entra em circulação, valor dos benefícios efetivamente pagos e não a média histórica e o percentual real dos gastos com a ACTU, o valor do desequilíbrio econômico financeiro se deu da seguinte forma:

“f.1) para o mês de agosto de 2007 (Decreto nº 741/SA/2007) o valor da tarifa concedida pelo Município foi de R\$ 1,94 e o recalculado aponta uma tarifa devida de R\$ 2,12088, o que demonstra uma quebra de equilíbrio econômico-financeiro de R\$ 0,18088, conforme demonstra os cálculos acostados ao Anexo I.

“f.2) para o mês de outubro de 2008 (Decreto nº 590/SA/2008) o valor da tarifa concedido pelo Município foi de R\$ 2,05 e o recalculado aponta uma tarifa devida de R\$ 2,40570, o que demonstra uma quebra de equilíbrio econômico-financeiro de R\$ 0,3357, conforme demonstra os cálculos acostados ao Anexo II.” (fls. 1975/1976 – Volume 10).

A perícia supra merece um único e importante reparo, posto que considerou o percentual devido a título de encargos sociais apurado pelo IPC, de 84,20% sobre a folha de pagamentos (fl. 1965 – Volume 10) e o valor que o próprio perito constatou, correspondente a 82,22% (conforme cálculos de fls. 1963-1965 – Volume 10).

Neste particular, porém, a inicial veicula pedido certo, apontando categoricamente o índice que entendem devido, calculado em 74,18% (fl. 28 – Volume 1).

Assim, aplicar qualquer percentual superior ao requerido representaria decisão *ultra petita*.

De qualquer sorte, é incontestado a necessidade de adequação do valor das tarifas. (Apelação Cível n. 2012.019250-6, de Criciúma, rel. Des. Cid Goulart, j. 30.4.2013)

Indiscutível, pois, o direito dos atuais prestadores de serviço público ao recebimento de indenização baseada nos investimentos despendidos para atender as novas exigências da Municipalidade, assim como em razão das diferenças tarifárias acumuladas ao longo da concessão.

Ad argumentandum tantum, ainda que os contratos administrativos ou as prorrogações em questão possam ser considerados inválidos, o dever de indenizar os contratantes de boa-fé não se desfaz. Esta a senda trilhada pelo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. INSTITUTO BRASILEIRO DO CAFÉ. CONTRATO PARA AQUISIÇÃO NO MERCADO INTERNACIONAL DE CAFÉ. OPERAÇÃO “PATRÍCIA” OU “LONDON TERMINAL”. MA-

NOBRAS ESPECULATIVAS. PRETENZA NULIDADE DO CONTRATO NÃO AFASTA O DEVER DE INDENIZAR O CONTRATADO DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUMIR A MÁ-FÉ. SÚMULA N.º 07/STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.

(...)

3. Acudindo o terceiro de boa-fé aos reclamos do Estado e investindo em prol dos desígnios deste, a anulação do contrato administrativo quando o contratado realizou gastos relativos à avença, implica no dever do seu ressarcimento pela Administração. Princípio consagrado na novel legislação de licitação (art. 59, Parágrafo Único, da Lei n.º 8.666/93).

(...)

7. O dever de a Pessoa Jurídica de Direito Público indenizar o contratado pelas despesas advindas do adimplemento da avença, ainda que eivada de vícios, decorre da Responsabilidade Civil do Estado, consagrada constitucionalmente no art. 37, da CF.

(...) (REsp 547196 / DF, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 6.4.2006)

Em arremate, cita-se os ensinamentos de Helly Lopes Meirelles:

Mesmo no caso de contrato nulo pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados ou dos fornecimentos feitos à Administração, uma vez que tal pagamento não se funda em obrigação contratual, e sim no dever moral de indenizar toda obra, serviço ou material recebido e auferido pelo Poder Público, ainda que sem contrato ou com contrato nulo, porque o Estado não pode tirar proveito da atividade do particular sem a correspondente indenização. (*Licitação e Contrato Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. pág. 231).

Logo, sob pena de locupletamento por parte da Administração Pública, ainda que os contratos sejam declarados inválidos, o dever indenizar resta configurado.

Oportunamente, calha transcrever a regra inserta no § 5º do art. 42 da Lei n. 8.987/95:

Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei.

(...)

§ 5o No caso do § 4o deste artigo, o pagamento de eventual indenização será realizado, mediante garantia real, por meio de 4 (quatro) parcelas anuais, iguais e sucessivas, da parte ainda não amortizada de investimentos e de outras indenizações relacionadas à prestação dos serviços, realizados com capital próprio do concessionário ou de seu controlador, ou originários de operações de financiamento, ou obtidos mediante emissão de ações, debêntures e outros títulos mobiliários, com a primeira parcela paga até o último dia útil do exercício financeiro em que ocorrer a reversão.

Entrementes, caberia ao Poder Público sopesar a conveniência de adotar a fórmula do artigo em destaque para então extinguir a prorrogação e aí sim realizar nova licitação.

Porém, entendo que há uma indagação a ser feita: de acordo com o Relatório de Auditoria elaborado pelo Instituto Professor Rainoldo Uessler, os créditos das atuais concessionárias, em 28 de dezembro de 2010, somavam a importância de R\$ 42.930.309,50 (quarenta e dois milhões, novecentos e trinta mil, trezentos e nove reais e cinquenta centavos) (vol. 6 do anexo); a receita do Município de Criciúma no ano de 2013 alcançou o total de R\$ 349.356.835,88 (trezentos e quarenta e nove milhões, trezentos e cinquenta e seis mil e oitocentos e trinta e cinco reais e oitenta e oito

centavos) e as despesas no mesmo período foram de R\$ 348.465.631,85 (trezentos e quarenta e oito milhões, quatrocentos e sessenta e cinco mil, seiscentos e trinta e um reais e oitenta e cinco centavos); assim, considerando-se a subtração entre receita e despesa do Município de Criciúma e o valor devido às concessionárias, teria a Administração Municipal para, nos termos do artigo em comento, saldar este débito? (Cifras obtidas no sítio da Administração Municipal na rede mundial de computadores. Acesso em 8 de abr. de 2014. Disponível em: http://e-gov.betha.com.br/transparencia/con_comparativo_receita.Faces. Acesso em 8 de abr. de 2014. Disponível em: http://e-gov.betha.com.br/transparencia/con_execucaodespesa.faces)

Creio que não.

A melhor solução para este imbróglio, ao meu ver, nos é dada por Marçal Justen Filho:

O princípio da proporcionalidade impede que se imponha ao concessionário o dever de sofrer perda patrimonial tal como exclui a elevação de tarifas que possam colocar em risco a estabilidade econômica da Nação. Também exclui a possibilidade de que se constranja o poder público a desembolsar vultosos recursos para indenizar o contratado apenas porque se reputa indispensável extinguir a contratação e realizar licitação. Soluções extremadas, que ignoram as consequências secundárias da preponderância de um único valor, não são conformes ao Direito. Não se cumpre a vontade da Constituição quando se desmerece um valor nela consagrado, ainda que pretexto de dar aplicação às próprias normas constitucionais.

Uma alternativa consistiria na aplicação dos prazos da concessão, de modo a assegurar que o prazo mais longo permita a realização dos resultados assegurados ao interessado. A prorrogação é compatível com a Constituição especialmente quando todas as outras alternativas para produzir a recomposição acarretariam sacrifícios ou lesões irreparáveis às finanças públicas ou aos interesses dos usuários. Essa é a alternativa que realiza, do modo mais intenso possível, todos os valores e princípios constitucionais. Compõem-se os dife-

rentes princípios e obtém-se a realização harmônica de todos eles.

Por isso, alterou-se o entendimento para aceitar a solução da prorrogação do prazo da concessão como instrumento para produzir a recomposição da equação econômico-financeira original. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 406)

O pensamento de Marçal Justen Filho é também perfilhado pelo Tribunal de Contas de Minas Gerais, veja-se:

Fixação do prazo. Razoabilidade. Amortização dos custos. Não há prazo legal. Prorrogação. Interesse público primário.

O interesse público a ser contemplado na eventual prorrogação deve retratar a primazia do interesse do jurisdicionado sobre aquele da Administração – interesse público primário. Aliás, a referida prorrogação não deve ser condicionada tão-somente ao interesse público primário, pois deve restar cabalmente comprovado que tal ato assegurará menor preço de tarifa do que a realização de novo procedimento licitatório. A eventual prorrogação deve, ainda, ensejar a revisão da tarifa, a fim de expurgar a parcela correspondente à amortização do investimento já efetuada. Esta é a interpretação que melhor se coaduna com os princípios da supremacia do interesse público pelo privado e da modicidade tarifária. (Disponível em: <http://www.tce.mg.gov.br/alei8666eotcemg/PDF/Minicursos%20Transporte%20Coletivo.Pdf>. Acesso em: 10.4.2014.)

Do escólio de *Luís Roberto Barroso* extrai-se ponderosos ensinamentos a respeito dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade:

I. A interpretação constitucional tradicional assenta-se em um modelo de regras, aplicáveis mediante subsunção, cabendo ao intérprete o papel de revelar o sentido das normas e fazê-las incidir no caso concreto. Os juízos que formula são de fato, e não de valor. Por tal razão, não lhe toca função cria-

tiva do Direito, mas apenas uma atividade de conhecimento técnico. Esta perspectiva convencional ainda continua de grande valia na solução de boa parte dos problemas jurídicos, mas nem sempre é suficiente para lidar com as questões constitucionais, notadamente a colisão de direitos fundamentais.

II. A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre o fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação.

[...]

A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. (BARROSO, Luís Roberto (org). *O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. in *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 375/376)

Nesse mesmo desiderato, *Marcelo Novelino* escreve:

A proporcionalidade em sentido estrito está vinculada à verificação do custo-benefício da medida, aferida por meio de uma ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. A interferência na esfera dos direitos dos cidadãos só será justificável se o benefício trazido for maior que o ônus já imposto. Nesse caso, meio e fim são equacionados mediante um *juízo de ponderação*, para que sejam pesadas as ‘desvantagens do meio em relação às vantagens do fim. (Direito constitucional. 2. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008. p. 81)

Destarte, num juízo de ponderação, no enfoque do caso concreto,

em que conflitam o dever do Administrador Público em proceder com a realização de licitação para a concessão de serviços públicos, e do outro lado o direito das concessionárias de auferirem a justa indenização em decorrência do desequilíbrio econômico-financeiro no liame dos contratos entabulados com a Municipalidade, vislumbro que a forma menos onerosa e penosa para o interesse da coletividade, nesta hipótese, é a convalidação da prorrogação da concessão. Isso porque, os créditos das concessionárias, os quais foram inclusive reconhecidos e confirmados por decisão desta colenda Câmara, representariam impacto de elevada proporção para os cofres municipais por conta da vultosa quantia a ser paga a título indenizatório, e que, por conseguinte, acarretariam sérios danos à saúde financeira do ente público.

O Tribunal de Justiça do Paraná, em voto da lavra do Desembargador Jesus Sarrão, analisando caso em que houve a prorrogação do contrato de concessão do serviço de transporte coletivo municipal, defendeu a sua legalidade, tendo em vista que o prazo para concessão deve ser estabelecido por período razoável, que seja capaz de estabelecer a adequação econômica-financeira, para recompor os gastos e investimentos realizados pelas concessionárias e atender os anseios da Administração, que visam precipuamente o interesse público com serviço satisfatório e eficiente, e também evitar o custo elevado das tarifas que uma concessão por prazo exíguo pode representar aos usuários. Do corpo da decisão destaca-se o que interessa:

É oportuno deixar consignado que o prazo da concessão consubstancia elemento fundamental para a determinação do valor da equação econômico-financeira do contrato, que tem por objetivo tutelar os interesses do particular (obtenção de lucro) e da Administração (interesse público, satisfação de uma necessidade coletiva, etc.).

É com base no equilíbrio econômico-financeiro que o concessionário estima

a amortização do capital a ser investido, a possibilidade de lucro e o valor da tarifa a ser cobrada; bem como é com fundamento nele que a administração irá verificar se a proposta feita pelo particular está em consonância com a economicidade do contrato (art. 27, *caput*, da CE-Pr), o interesse público, a modicidade das tarifas a serem cobradas (art. 1º, VI, *in fine*, da CE-Pr), e as peculiaridades da prestação de serviço futura.

A concessão pelo prazo de dez anos tendo em vista o custo da prestação de serviços de transporte para uma cidade do porte de Ponta Grossa certamente não atenderia o interesse público e a modicidade das tarifas.

Assim, diante do vulto do serviço a ser prestado, a Lei fixando critérios rígidos - índice de eficiência igual ou superior a 98% da quilometragem mensal programada e renovação da frota - a serem satisfeitos para demonstrar a boa prestação do serviço, permitiu a prorrogação/renovação do contrato pelo prazo de mais dez anos.

A previsão da possibilidade de prorrogação do contrato por mais dez anos, possibilita a diluição do custo da prestação de serviço de maneira muito mais rápida, permitindo propostas muito mais satisfatórias e competitivas e, por conseguinte, incrementa a modicidade nas tarifas (art. 1º, VI, *in fine*, da CE-Pr), atendendo, portanto, o interesse público. (TJPR - Órgão Especial - AI - 484439-9, de Ponta Grossa, Rel. Desembargador Jesus Sarrão, j. 21.8.2009)

Demais disso, não é inoportuno lembrar que, em 7 de julho de 1995, o Presidente da República editou a Lei n. 9.074, cujo escopo foi o de estabelecer normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos. Ou seja, por meio desse Diploma Legal, especificamente no seu art. 19, a União, “*visando garantir a qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados, prorrogar, pelo prazo de até vinte anos, as concessões de geração de energia elétrica, alcançadas pelo art. 42 da Lei n. 8.987, de 1995, desde que requerida a prorrogação, pelo concessionário, permissionário ou titular de manifesto ou de declaração de usina termelétrica, observado o disposto no art. 25 desta Lei*”.

A União assim o fez porquanto, consoante dicção do art. 21, inciso XII, alínea “b”, da Constituição da República, é da sua competência explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.

De outra banda, nos termos do art. 30, inciso V, da Carta Magna, compete aos Municípios *“organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”*.

Oras, se a União pôde, com base nas suas competências constitucionais, prorrogar os contratos de concessão dos serviços que lhe são afetos, tratamento semelhante há de ser conferido aos demais entes federados que, diante da conveniência do caso concreto, deverão adotar com critérios razoáveis e proporcionais, a medida que melhor lhes sirva.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em recentíssima decisão sobre caso bastante semelhante, decidiu:

embargos de declaração. APELAÇÃO CÍVEL. Ação civil pública. transporte coletivo urbano. concessão. prorrogação. lei municipal.

Compete aos Municípios organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, o serviço de transporte coletivo, que tem caráter essencial, na forma do art. 30, V, da CF.

Não é ilegal a prorrogação dos contratos de concessão de serviço de transporte coletivo, previsto em lei municipal, como o fez a União, com relação ao serviço de geração de energia elétrica, da sua peculiar competência (Lei Federal n. 9.074/95).

A Lei Municipal n. 3.121/99 não contrasta com o disposto no art. 170 da Constituição Federal.

Tanto o art. 16, como o art. 42, da Lei das Concessões tratam de matéria diversa da questão debatida nos autos.

Embargos acolhidos, por maioria. (Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 70004840294, de Cachoeira do Sul, Rel. Desembargador Marco Aurélio Heinz, j. 29.1.2014)

E do Tribunal de Justiça do Paraná, colhe-se:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA E MEDIDA CAUTELAR INONIMADA. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO ORIGINAL. LICITAÇÃO. NOVO SISTEMA OPERACIONAL PARA O SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. AUMENTO DE FROTA. DIREITO ADQUIRIDO DE RENOVAÇÃO/E OU PRORROGAÇÃO DO CONTRATO. RECURSOS NÃO PROVIDOS. (TJPR - 5ª C.Cível - ACR - 68464-4 - Londrina. Rel. Des. Fleury Fernandes, j. 18.4.2000)

Nesses termos, ainda que se tenha dispensado a realização de processo licitatório para escolha dos prestadores do serviço de transporte coletivo municipal, entendo que a convalidação da prorrogação dos contratos de concessão por 20 (vinte) anos revela-se, na hipótese em tela, a medida mais adequada pois, diante dos interesses em jogo, é a que atende aos interesses da coletividade, da Municipalidade e das empresas concessionárias, conforme exposto alhures. Pensar diferente seria cancelar, no meu ponto de vista, a possibilidade do Município suportar nos seus cofres - e aí os munícipes também seriam atingidos indiretamente -, os prejuízos decorrentes da reconhecida necessidade de se indenizar as atuais concessionárias pela insuficiência tarifária que ocasionou o desequilíbrio contratual, e ainda ter de contratar novas empresas para prestar o reportado serviço, despendendo duas vezes pela mesma prestação.

De outro vértice, há de se ressaltar, contudo, que, caso no transcurso da prorrogação verifique-se, nos termos do laudo pericial produzido na ação n. 020.08.018833-8, que os prejuízos das concessionárias foram diluídos e o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato então restabelecido, o Município deverá declarar extinta a concessão e, via de consequência, proceder na realização de licitação.

Ou ainda, se o ente público no transcurso da prorrogação dispuser de recursos financeiros suficientes e entender que deva indenizar as concessionárias pelos prejuízos suportados, estará, então, autorizado a extinguir a concessão e deflagrar procedimento licitatório para a prestação do serviço de transporte coletivo municipal.

Nesses termos, dá-se provimento aos recursos para julgar improcedente os pedidos formulados na inicial.

Incabível a condenação em honorários advocatícios nos termos do julgado que segue:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INCABÍVEIS.

1. “Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do *Parquet*. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o *parquet* beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública” (REsp 895.530/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 18.12.09).” [...] (STJ, AgRg no REsp 1320333/RJ, Rel. Ministro Castro Meira).

Sem custas.

É o voto.

Apelação Cível n. 2013.070919-1, de Forquilha

Relator: Des. João Henrique Blasi

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CONDUTOR DE VEÍCULO SOB EFEITO DE ÁLCOOL NO MOMENTO DA COLISÃO. FATO CONSTATADO POR AUTO ESPECÍFICO. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 277, § 2º, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (CTB) E DA RESOLUÇÃO N. 206/ 06 DO CONTRAN. ATO ADMINISTRATIVO DE SANÇIONAMENTO PERMEADO DE HIGIDEZ. SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR POR 1 (UM) ANO. EXEGESE DO ART. 165 DO CTB. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

“Demonstrado por termo de constatação de embriaguez a condução de veículo sob a influência de álcool, como admite o artigo 277, § 2.º, CTB, não há qualquer ilegalidade na autuação e no processo administrativo que resultou na aplicação da penalidade de suspensão do direito de dirigir ao autor, não fosse a presunção de legitimidade do ato administrativo, não infirmada pela prova testemunhal produzida, cumprindo anotar, ainda, a inexistência de desproporcionalidade na sua imposição pelo prazo de 12 meses, ante os termos do artigo 165, CTB, a partir da redação dada pela Lei n.º 11.705/08”. (TJRS - Apelação Cível n. 70056328214, rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, j. 9.10.2013)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.070919-1, da comarca de Forquilha (Vara Única), em que é apelante Vilmar Patrício e são apelados Estado de Santa Catarina e outro:

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Baasch Luz, que o presidiu, e Cid Goulart.

Florianópolis, 25 de fevereiro de 2014

João Henrique Blasi

RELATOR

RELATÓRIO

Vilmar Patrício, representado pelo Advogado Robson Tibúrcio Minotto, interpôs apelação em face de sentença prolatada pelo Juiz Felipe Ambrósio (fls. 220 a 225), que julgou improcedente ação declaratória de nulidade por ele proposta contra o Deinfra - Departamento Estadual de Infra-Estrutura, representado pelo Procurador Carlos Eduardo Serpa de Souza, e também contra o Estado de Santa Catarina, representado pela Procuradora Vanessa Weirich, condenando-o ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), sendo, contudo, suspensa a exigibilidade, por ser beneficiário de justiça gratuita.

Malcontente, o apelante sustenta a nulidade do auto de verificação de embriaguez por alcoolemia, alegando ausência de requisitos necessários à sua validade, além de afirmar o caráter draconiano da penalidade imposta (suspensão por um ano de sua Carteira Nacional de Habilitação), fato que, ademais, impede-o de exercer sua atividade profissional, requerendo, por isso, a minoração da reprimenda para 1 (um) mês (fls. 232 a 248).

Foram ofertadas contrarrazões (fls. 252 a 255 e fls. 258 a 261).

Lavrou parecer o Procurador de Justiça João Fernando Quagliarelli Borrelli, dizendo, porém, que inexistente interesse justificativo da intervenção do *Parquet* (fls. 266 a 268).

É o relatório.

VOTO

I. Da aventada nulidade do ato administrativo

Conforme ressei dos autos, o acionante, ora recorrente, envolveu-se em acidente de trânsito/colisão (fl. 38), no dia 29.10.2009, tendo sido autuado em flagrante por estar dirigindo sob a influência de álcool. De acordo com o auto de constatação de sinais de embriaguez (fl. 37), foram observados os seguintes sinais e sintomas: hálito alcoólico, vestes desalinhadas, fala arrastada, desorientação, andar cambaleante, falta de coordenação motora, falta de equilíbrio, falante, motricidade escrita prejudicada, necessidade de esforço para manter-se em pé, alteração das habilidades sensoriais, confusão mental e diminuição dos reflexos.

Sustenta o apelante, contudo, a nulidade do reportado Auto de Constatação, porque não estaria ornado de requisitos axiais à sua validade, dado que dele não constaram os números do auto de infração e do boletim de ocorrência, além de sua própria assinatura.

A teor do art. 2º da Resolução n. 206/06, do Contran - Conselho Nacional de Trânsito:

Art. 2º. No caso de recusa do condutor à realização dos testes, dos exames e da perícia, previstos no artigo 1º, a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção, pelo agente da autoridade de trânsito, de outras provas em direito admitidas acerca dos notórios sinais resultantes do consumo de álcool ou de qualquer substância entorpecente apresentados pelo condutor, conforme Anexo desta Resolução.

E, do Anexo da mesma Resolução n. 206/06, tal documento deverá conter o seguinte:

Informações mínimas que deverão constar no documento mencionado no artigo 2º desta Resolução, acerca do condutor e do fato:

I. Quanto ao condutor:

- a. Nome
- b. Número do Prontuário da CNH ou do documento de identificação;
- c. Endereço, sempre que possível.

II. Quanto ao veículo:

- a. Placa/UF;
- b. Marca.

III. Quanto ao fato:

- a. Data;
- b. Hora;
- c. Local;
- d. Número do auto de infração.

IV. Relato:

a. O condutor:

- i. Envolveu-se em acidente de trânsito;
- ii. Declara ter ingerido bebida alcoólica;

Em caso positivo, quando:

- iii. Declara ter feito uso de substância tóxica, entorpecente ou de efeito análogo.

Em caso positivo, quando:

- iv. Nega ter ingerido bebida alcoólica;
- v. Nega ter feito uso de substância tóxica, entorpecente ou de efeito análogo;

b. Quanto à aparência, se o condutor apresenta:

- i. Sonolência;
- ii. Olhos vermelhos;
- iii. Vômito;
- iv. Soluços;
- v. Desordem nas vestes;
- vi. Odor de álcool no hálito.

c. Quanto à atitude, se o condutor apresenta:

- i. Agressividade;
- ii. Arrogância;
- iii. Exaltação;
- iv. Ironia;

- v. Falante;
- vi. Dispersão.
- d. Quanto à orientação, se o condutor:
 - i. sabe onde está;
 - ii. sabe a data e a hora.
- e. Quanto à memória, se o condutor:
 - i. sabe seu endereço;
 - ii. lembra dos atos cometidos;
- f. Quanto à capacidade motora e verbal, se o condutor apresenta:
 - i. Dificuldade no equilíbrio;
 - ii. Fala alterada;
- V. Afirmação expressa de que:
De acordo com as características acima descritas, constatei que o condutor [nome do condutor] do veículo de placa [placa do veículo], [está/não está] sob a influência de álcool, substância tóxica, entorpecente ou de efeitos análogos e se recusou a submeter-se aos testes, exames ou perícia que permitiriam certificar o seu estado.
- VI. Dados do Policial ou do Agente da Autoridade de Trânsito:
 - a. Nome;
 - b. Matrícula;
 - c. Assinatura.

In casu, ainda que não tenha sido preenchido o item III.d (número do auto de infração), essa omissão, no entanto, desnuda-se incapaz de gerar qualquer prejuízo à defesa do autor/apelante, mesmo porque, pelo princípio da instrumentalidade das formas, os atos processuais que forem praticados de forma diversa da estabelecida em lei, mas que, mesmo assim, atingirem a finalidade a que se destinam, devem ser havidos como válidos, nos termos do art. 244 do Código de Processo Civil, assim vazado:

Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Por outro lado, o referido e antes transcrito Anexo da Resolução do Contran n. 206/06 sequer reporta-se à necessidade de constar, do Auto de Constatação, o número do boletim de ocorrência.

A mais disso, a falta de assinatura do autuado só ocorreu porque ele estava “sem condições físicas para assinar o presente auto” (fl. 37).

Além da regulamentação da matéria pela multi-invocada Resolução n. 206/06, do Contran, o art. 277, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro faz-se taxativo em estabelecer que:

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado. (Redação dada pela Lei n. 11.275/2006 – vigente à época dos fatos)

[...] § 2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor. (Redação dada pela Lei n. 11.705/2008 – vigente à época dos fatos)

Enfim, não há falar na nulidade do ato administrativo questionado.

II. Do questionamento à suspensão da CNH por 12 meses

O apelante afirma ser draconiana a sanção que lhe foi imposta, argumentando, para tanto, que a suspensão da CNH, por longo período (12 meses), inviabiliza o exercício de sua atividade profissional, privando-o de garantir a própria subsistência e de sua família, uma vez que o automóvel é instrumento essencial para sua atividade profissional (representante comercial).

Ocorre que a infringência em tela é daquelas rotuladas de gravíssimas, consoante o normado pelo art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro, cuja redação, à época dos fatos (Lei n. 11.705/08) assim estabelecia:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 meses;

Medida administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

Parágrafo único. A embriaguez poderá ser apurada na forma do art. 277.

O apelante, todavia, sustenta que o preceptivo em tela vulnera a Constituição da República no dizente com a sua dignidade, seu direito ao trabalho, à igualdade, à razoabilidade e à correta individualização da pena.

Entendo, entretanto, que a irrisignação não merece vicejar, pois, conforme já asserido pelo Magistrado *a quo*, ao bem apreciar a questão, tem-se que:

Não procede, outrossim, a alegação do demandante no sentido de que a penalidade imposta relativa à suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses é inconstitucional.

Como se observa no art. 165 do CTB, a penalidade de suspensão do direito de dirigir impõe um prazo de 12 (doze) meses, sem dar ao aplicador da norma margem para minorar tal montante, não cabendo ao juízo, analisando as circunstâncias individuais do autor, sob a alegação de que àquela penalidade infringe direito seu ao trabalho, à alimentação, à moradia e à dignidade, excluir a pena ou diminuir o prazo.

As penalidades previstas no dispositivo legal infringido pelo autor, art. 165 do CTB, possuem caráter nitidamente punitivo, proporcionais à gravidade do fato que é dirigir veículo sob a influência de álcool, conduta essa extremamente danosa à sociedade em geral e que merece punição exemplar e rigorosa, com o intuito de evitar acidentes trágicos como os vistos rotineiramente nos noticiários, envolvendo motoristas embriagados, não havendo falar, por isso, em inconstitucionalidade por ser a reprimenda contrária ao direito à igualdade, à razoabilidade e correta individualização da pena.

Não bastasse isso, importante ressaltar que acolher a pretensão do autor no sentido de minorar a penalidade de suspensão do direito de dirigir implicaria em evidente usurpação do juízo no poder de legislar, o que não me é permitido, à míngua de fundamentos concretos para tanto.

Diante desse cenário, impõe-se o não acolhimento dos pedidos formulados pelo autor. (fls. 224 e 225)

Cumprido salientar, ainda, que o devido processo legal foi reverenciado no trâmite do procedimento administrativo, tendo sido oportunizado ao ora apelante o contraditório e a ampla defesa (fls. 47 a 74), nos termos do enunciado sumular 312 do Superior Tribunal de Justiça:

312. No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração.

Inexiste, bem por isso, mácula na penalidade profligada pelo apelante.

Afinal, além da carga sancionatória, a imposição da pena de suspensão do direito de dirigir (por 12 meses) tem também viés pedagógico, de modo a evitar futura reincidência, desvelando-se, assim, cônsona com o primado da proporcionalidade e da razoabilidade.

A averbar que, necessitando do veículo para laborar e sustentar sua família, como alega, deveria o acionante/recorrente ter ainda mais cuidado na sua condução, não se permitindo “beber no trabalho”.

Invoco, a propósito, precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ei-lo:

ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. ARTIGO 165, CTB. TERMO DE CONSTATAÇÃO DE EMBRIAGUEZ. ARTIGO 277, § 2.º, CTB. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. PENALIDADE E PRAZO.

Demonstrado por termo de constatação de embriaguez a condução de veículo sob a influência de álcool, como admite o artigo 277, § 2.º, CTB, não há qualquer ilegalidade na autuação e no processo administrativo que resultou na aplicação da penalidade de suspensão do direito de dirigir ao autor, não fosse a presunção de legitimidade do ato administrativo, não infirmada pela prova testemunhal produzida, cumprindo anotar, ainda, a inexistência de desproporcionalidade na sua imposição pelo prazo de 12 meses, ante os termos do artigo 165, CTB, a partir da redação dada pela Lei n.º 11.705/08. (AC n. 70056328214, rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, j. 9.10.2013)

Logo, é de negar-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume a decisão.

É como voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2010.014739-2, da Capital

Relator: Des. Carlos Adilson Silva

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - APELAÇÃO CÍVEL - SERVIDOR PÚBLICO - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR ASSÉDIO MORAL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ASSÉDIO MORAL - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 7º, INC. XXVIII - CÓDIGO CIVIL, ARTS. 186, 187 E 927 - INDENIZAÇÃO COM BASE NO DIREITO COMUM - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - DESVIO ARBITRÁRIO DAS FUNÇÕES DO CARGO DE PROFESSOR E IMPOSIÇÃO DE SITUAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO - ABALO ANÍMICO COMPROVADO - SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Responde o Estado, via indenização, por conduta ilícita, causadora de assédio moral a servidor, consubstanciada, no caso, pelo fato de que ele fora relegado pela Direção da Escola Estadual, que o desviou das funções do cargo originário (professor de física), de forma arbitrária, antes mesmo da instauração de sindicância, passando a laborar em ambiente diverso (laboratório de física), lhe causando constrangimento perante os demais professores e alunos, sendo certo que os contornos dessa responsabilidade regulam-se pelo modelo reparatório lastreado na noção de culpa *lato sensu* (responsabilidade civil subjetiva).

“O servidor público que se diz vítima de assédio moral por superior hierárquico não se equipara ao “terceiro” aludido no § 6º do art. 37 da Constituição Federal. Desse modo, para fins do estabelecimento da obrigação indenizatória, além da comprovação do evento danoso, do dano moral e do nexos de causalidade entre ambos, é indispensável a demonstração da culpa do ente público, em qualquer uma de suas vertentes” (Apelação Cível n. 2008.025359-5, de Blumenau, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 02/07/2008).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.014739-2, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que é apelante José do Patrocínio Henrique de Souza, e apelado Estado de Santa Catarina:

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para condenar o Estado de Santa Catarina a indenizar os danos morais sofridos pelo autor, arbitrando-se a verba indenitária no montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), acrescida de juros e correção monetária, nos termos da fundamentação. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Cesar Abreu (Presidente) e Des. Júlio César Knoll.

Florianópolis, 25 de fevereiro de 2014.

Carlos Adilson Silva

RELATOR

RELATÓRIO

José do Patrocínio Henrique de Souza ajuizou ação de indenização por danos morais em face do Estado de Santa Catarina, perante a Justiça do Trabalho, alegando, em suma, que teve sua imagem denegrida, no exercício das funções de professor de física do Instituto Estadual de Educação, sendo alvo constante de assédio moral por conta de seus superiores hierárquicos, especialmente por parte da Coordenadora e Orientadora de Ensino Cláudia, da Orientadora Educacional Gladys Rosicler e da Assistente de Ensino Beatriz Verges Fleck, culminando pelo seu afastamento arbitrário da sala de aula e a designação para trabalhar no laboratório de física da Instituição. Após exposição de todos os fatos que permeiam a lide, declinou os fundamentos legais da pretensão indeniza-

tória, pugnando, ao cabo, pela condenação do réu ao pagamento de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a título de compensação pelo dano anímico sofrido.

Regularmente citado, o Estado de Santa apresentou contestação, arguindo, em preliminar, a incompetência da Justiça Trabalhista para o processamento do feito. No mérito, sustentou que os fatos alegados não condizem com a realidade. Afirmou que o autor tem demonstrado incapacidade emocional para a atividade em sala de aula e não faz prova da ocorrência do assédio moral. Ao fim, pugnou pela improcedência do pedido (fls. 89-149).

Houve réplica às fls. 150-154.

Após decisão declarando a incompetência da Justiça do Trabalho, às fls. 155, os autos foram remetidos à Justiça Comum e distribuídos à Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

Em despacho saneador (fl. 158), o magistrado *a quo* designou audiência de instrução e julgamento, na qual foram ouvidas duas testemunhas arroladas pelo autor (fls.176-178).

Sobreveio sentença na qual o Togado singular julgou improcedente o pedido formulado na inicial, condenado autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Inconformado com o veredicto, o autor interpôs recurso de apelação (fls. 770-780), sustentando, em abreviada síntese, restar suficientemente comprovado nos fólios o assédio moral a que foi submetido no ambiente escolar, geratriz da obrigação de indenizar. Após elencar suas qualidades profissionais, postulou, ao final, a reforma da sentença para condenar o ente estatal ao pagamento de indenização por danos morais e a concessão da Justiça Gratuita.

Com as contrarrazões (fls. 787-789), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça, sendo posteriormente distribuídos a este Relator.

É o relatório.

VOTO

O recurso é digno de conhecimento, porquanto satisfeitos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

Trata-se de apelação cível interposta por José do Patrocínio Henrique de Souza, inconformado com a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos extrapatrimoniais decorrentes de assédio moral.

Em suas razões recursais, o autor aduz ter sofrido assédio moral por parte de professores e diretores do Instituto Estadual de Educação (IEE), durante sua jornada de trabalho, consistente em discriminação em razão de sua idade, sua opção sexual e ainda, que professores instigaram alunos contra o recorrente.

Sustenta que palavras ofensivas lhe foram dirigidas por outros professores e funcionários da direção da escola, fazendo menção a sua idade, suposta opção sexual e competência profissional, e de que esses servidores instigaram os alunos contra o apelante. Em decorrência disso, formou-se um ambiente de difícil relacionamento entre o autor e os alunos, bem como em relação a outros profissionais da instituição, culminando com a sua transferência da sala de aula para o Laboratório de Física, o que lhe causou grande abalo anímico.

Colhe-se dos autos que o recorrente é servidor estadual, exerce as funções do cargo de professor de física, lotado Instituto Estadual de Educação desde fevereiro de 2004.

De início, impende registrar que tanto na doutrina como na jurisprudência, tem prevalecido o entendimento de que, nas hipóteses de reparação de danos decorrentes de assédio moral sofrido por servidor público no exercício de suas funções, a responsabilidade civil do Estado é subjetiva, fazendo-se necessária a comprovação do dano moral e do nexo de causalidade entre a conduta culposa do agente público e o dano extrapatrimonial.

Como bem apontado pelo eminente Des. Luiz César Medeiros, quando do julgamento do Apelação Cível n. 2008.025359-5, de Blumenau:

“É certo que a Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados por agentes públicos.

Ocorre que, no caso em apreço, a pretensa vítima também é servidora pública e estava no exercício de suas funções quando do suposto evento danoso, o que impõe seja aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva.

Explico.

O art. 7º, inc. XXVIII, da Carta Magna, assegura ao trabalhador o direito de indenização pelos danos sofridos no exercício de sua atividade, independentemente de eventual benefício concedido pela Previdência Social, desde que comprovado o dolo ou a culpa do empregador no evento.

Por sua vez, o Código Civil, em seus arts. 186 e 187 determina que “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”. E complementa o art. 927: “*aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

Assim, para efeito de indenização por danos materiais e morais, sendo a vítima servidor público e estando no desempenho de suas atribuições quando da ocorrência do fato danoso, aplica-se a responsabilidade civil prevista no direito comum, que exige, além do sinistro, do dano e do nexo causal entre ambos, a verificação da culpa, em qualquer grau”.

Sobre o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal, leciona Sérgio Cavalieri Filho:

“A segunda conclusão a ser destacada está relacionada com o vocábulo terceiros, constante do texto em exame. ‘Terceiro’ indica alguém estranho à Administração Pública, alguém com o qual o Estado não tem vínculo jurídico preexistente. Logo, o § 6º do art. 37 da Constituição só se aplica à responsabilidade extracontratual do Estado. Não incide nos casos de responsabilidade contratual, porque aquele que contrata com o Estado não é terceiro; [...]”. (Programa de responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 247).

Nessa esteira, a responsabilidade civil está prevista em nosso ordenamento nos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002, que estabelecem respectivamente que “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*” e “*Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

Desse modo, nota-se que tais preceitos legais tratam da responsabilidade civil subjetiva, na qual para a caracterização do ato ilícito é necessária a conjugação de três elementos: o dano, o nexo causal e a culpa do agente.

Nesse norte, Maria Helena Diniz preleciona:

“Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, negligência ou imperícia [...]; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral, sendo que pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral decorrentes do mesmo fato [...]; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente” (Código civil anotado, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 196/197).

Extrai-se da jurisprudência o ensinamento do que consiste cada uma das modalidades:

“O ato ilícito é toda ação ou omissão violadora de direito ou causadora de prejuízo a outrem; o dano, na visão de Agostinho Alvim, é a ‘redução ou subtração patrimonial’, ou, ainda, “a lesão a todo e qualquer bem ou interesse juridicamente tutelado’ (Da inexecução das obrigações e suas consequências. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. P. 169/172).

O nexo causal exigido é o liame existente entre o ilícito (ato ou omissão) e o dano dele resultante.

A culpa é a violação de um dever jurídico, a possibilitar a imputação do ilícito a alguém, à face da reprovação social, e se dá pela conduta imprudente, negligente ou imperita” (AC n. 2001.020259-0, de Brusque, rel Des. Luiz Carlos Freyesleben).

Nesta senda, saliento que a busca do provimento jurisdicional está intimamente ligada à análise do conjunto probatório carreado aos autos, assim, conforme o art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao requerente, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Pois bem. Dessume-se dos fólhos que o recorrente instruiu a presente ação com documentos que abonam sua conduta profissional, cópia da avaliação de desempenho funcional no estágio probatório, na qual consta que “atinge o desempenho no semestre avaliado” e uma declaração, com firma reconhecida, do professor Vilson Apolinário, no sentido de que o recorrente estaria sendo vítima de assédio moral.

Consta dos autos, ainda, cópia da sindicância instaurada para apurar possíveis irregularidades por ele praticadas, as quais teriam justificado sua retirada da sala de aula e transferência para o Laboratório de Física.

A sindicância administrativa constitui procedimento informativo e sumário do qual se serve a Administração Pública, via de regra, para elucidação de faltas funcionais e respectiva delimitação de sua autoria, desencadeando, eventualmente, a instauração de processo administrativo disciplinar.

De outro lado, quando da sindicância se impõem penalidades ao servidor, imprescindível oportunizar ao indiciado, o direito ao contraditório e à ampla defesa, o que ocorreu nos presentes autos.

É da lição de Hely Lopes Meirelles:

“Sindicância administrativa é o meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subseqüente instauração de processo e punição ao infrator. Poder ser iniciada com ou sem sindicado, bastando que haja indicação da falta a apurar. Não tem procedimento formal, nem exigência de comissão sindicante, podendo realizar-se por um mais funcionários designados pela autoridade competente. Dispensa defesa do sindicado e publicidade no seu procedimento, por se tratar de simples expediente de verificação de irregularidade, e não de base de punição equiparável ao inquérito policial em relação à ação penal. É o verdadeiro inquérito administrativo que precede o processo administrativo disciplinar. Entretanto, a sindicância tem sido desvirtuada e promovida como instrumento de punição de pequenas faltas de servidores, caso em que deverá haver oportunidade de defesa para validade da sanção aplicada.” (Direito Administrativo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 677/678).

Consta do extenso relatório de encerramento da Sindicância (fls. 116-146), que os depoimentos prestados à Comissão demonstram que houve denúncia em face do autor, as quais foram apresentadas pelas servidoras Bernadete Maria Taranto Piazza, Coordenadora Geral do Instituto Estadual de Educação e Teresinha Maria Dutra Moratelli, Coordenadora de Ensino na mesma instituição, referindo a prática, pelo autor, de

irregularidades relatadas pelas servidoras da instituição Gladys Rosicler Tschumi, Orientadora Educacional e Beatriz Verges Fleck, Assistente de Ensino, consistentes em:

“Desde o início do ano letivo apresenta muita dificuldade de relacionamento com seus alunos, suas aulas são bastante tumultuadas e ele frequentemente perde o controle, gritando e falando palavrões;

Por duas vezes neste trimestre discutiu com aluno em sala de aula e chamou-o para briga, quando o aluno ficou de pé ele se jogou ao chão simulando uma agressão;

Que todos os alunos afirmaram não ter havido agressão ao Professor, que depois mais calmo afirmou ter tropeçado na carteira e caído;

Em termos de conteúdo ele não consegue uma sequência em suas aulas, muitas vezes repetindo o mesmo conteúdo na turma;

Não é organizado e não consegue ser claro na explicação do conteúdo; tal comportamento vem se repetindo desde que ingressou na Unidade escolar e apesar de participar de reuniões de avaliação e acompanhamento com orientadores, supervisores, chefe de departamento e assessoria de ensino não modifica suas atitudes;

Que o referido professor vem apresentando problemas desde o ano de 2004 com registro em dossiê encaminhado no ano de 2005 à Diretoria de Ensino Básico da SED”.

Segundo depoimento da servidora Gladys (fls. 120-121) que exerce sua função junto ao Departamento Pedagógico, atendendo alunos e professores da primeira série do ensino médio matutino, o autor é professor de seis das nove turmas que estão sob o seu atendimento. Em decorrência de reclamações recebidas de alunos, elaborou o relatório de fls. 207.

Afirmou que diante da existência de reclamações no sentido de que o autor facilitava nas avaliações dos alunos, questionou-o sobre o

procedimento, sendo por ele respondido que esse seria seu método de avaliação. Salienta que sugeriu ao professor mudança nas atitudes de avaliação, sem êxito, bem como solicitou ao Departamento de Física que o auxiliasse nas avaliações e planejamento.

Relatou que teve conhecimento dos fatos referentes à atuação do autor no ano de 2003, dizendo que à época os problemas eram de ordem pedagógica e agora de relacionamento com os alunos.

A servidora Beatriz, por sua vez, relata em seu depoimento à Comissão Sindicante (fls. 118-119) que tomou conhecimento dos fatos que ensejaram a sindicância através da professora Gladys. Disse que os problemas se agravaram com o episódio envolvendo o aluno G., que teria sido agredido verbalmente pelo autor; após comunicar o fato à Direção, foi realizada uma reunião em que participaram a depoente, a Diretora Bernadete, a professora Gladys e o Professor, ora autor, onde ficou decidido que este deveria ficar no “laboratório de física, onde é mais tranquilo” e que a sugestão foi feita “porque todos acharam que o professor estava passando por um stress muito grande”.

Dos depoimentos acima, prestados pelas servidoras que ensejaram a denúncia que resultou no afastamento do autor da sala de aula, percebe-se que os fatos narrados não foram presenciados por nenhuma das depoentes, tendo elas baseado sua denúncia em reclamações dos alunos. De salientar, ainda, que a retirada do autor de sala de aula ocorreu antes mesmo de instaurada a sindicância.

A servidora Marli Maria Koerich, ocupante do cargo de Assistente Técnico Pedagógico prestou declarações (fls. 123/124), na qual afirma estar exercendo a função de Coordenadora de Ala. Colhe-se do depoimento, os seguintes excertos, indicativos da situação havida à época dos fatos:

“Que quando os professores tem dificuldade de disciplina com seus alunos a solicitam para intervir e até mesmo solicitar a presença dos responsáveis; que não lembra de nenhum caso de professor chamá-la para interferir na sala de aula, a não ser no caso da professora de inglês, Loiraci, cujo caso foi levado a conhecimento da assistente de ensino, professora Beatriz, que resolveu fazendo uma permuta de salas entre professores; (...) que a depoente teve informação de que ouviu filmagem em sala de aula sobre situações ocorridas, mas que não sabe qual aluno fez a filmagem; (...) que pensando melhor lembrou que atuando na ala baixa, começo do ano, recebeu solicitação do professor para intervir em uma das turmas (...) que nenhuma supervisora interveio nos fatos acontecidos com o professor José do Patrocínio; que as ocorrências sempre foram levadas para a Gladys, que atua como orientadora e supervisora ao mesmo tempo. Que as reclamações contra o professor José do Patrocínio foram diversas, sempre afirmando falta de conteúdo, metodologia de ensino e nas notas de avaliação” (grifei).

Desponta evidente do depoimento supra, que os procedimentos adotados em relação à professora de inglês, Loiraci e ao autor, quando solicitada a intervenção da depoente em sala de aula, foram diversos: enquanto a professora Loiraci foi atendida, inclusive com realização de permuta entre professores, a fim de que deixasse de atender a turma com a qual estava tendo problemas, o autor foi ignorado em seu apelo.

Com relação à filmagem relatada, o DVD não acompanha os presentes autos, contudo, consta às fls. 125, que a Comissão Sindicante reuniu-se na data de 26/12/2006 para assistir ao DVD juntado aos autos da sindicância. Sobre o conteúdo da filmagem, a Comissão concluiu:

“que a filmagem foi estrategicamente arquitetada para revelar o justo momento em que o Professor demonstra sua reação de indignação contra o aluno que foi expulso da sala de aula, tanto é que não houve filmagem anterior para saber-se o que aconteceu antes da reação indignada do Professor; o aluno mantinha durante todo o momento a postura de irreverência e rebeldia

até mesmo “peitando” a autoridade de seu Professor e desacatando-o visivelmente com atitude de provocação; os demais alunos apresentaram postura de que sabiam que estavam sendo filmados”.

O aluno André de Souza Ribeiro prestou depoimento à Comissão sindicante (fls. 136-137), onde afirma ser o autor da filmagem e dá outros esclarecimentos:

“Que estuda no Instituto desde 2004 e atualmente está na primeira série do ensino médio, na turma 103, matutina; (...) que o depoente elaborou um CD comum, regravável; que ao observar o DVD constante das folhas 03 dos autos de número PGSE 327/069 constatou neste momento que este material não foi feito por ele; que não sabe quem fez o DVD que lhe é mostrado; que o que aconteceu foi que o depoente gravou em sala de aula na câmara digital o momento em que o professor José do Patrocínio discutia com o aluno G. K.; que filmou e disse ao G. e contou para a coordenação de ala que então chamaram a diretora da ala central e foram para uma sala na entrada do colégio onde tentaram assistir no computador com áudio; (...) que tentaram assistir para ouvir o áudio e não deu porque não havia instalação do programa; que alguém do colégio mandou que o depoente gravasse em um CD ou trouxesse o programa para instalar; que gravou em casa e trouxe entregando para a orientadora Gladis; que o depoente gravou por casualidade, pois tinha a câmera em sala de aula (...) Que não sabe porque o professor chamou G de veado; que tinha muita bagunça na sala de aula; que realmente o G. peitou o professor desafiando-o e o aluno D. empurrou o G. tirando-o da sala; que não sabia que o professor seria afastado da sala desde então; que o professor José do Patrocínio é um bom professor que explica bem quando dá, isto é, quando não tem bagunça; que na maioria das vezes tem bagunça, inclusive nas aulas dos demais professores; que somente nas aulas dos professores mais durões é que não há quase bagunça; que são os professores de Química, matemática, Inglês; (...) que soube pela Orientadora Gladis que a muito tempo a direção do IEE quer tirar o professor porque acha que ele quer processar o colégio, pois para isso jogou-se ao chão em outras 2 salas de aulas; que a orientadora falou isso em conversa com o depoente; que o depoente acha que

por isso a sua gravação passou a ser usada como prova pelo colégio para tirar o professor; que se soubesse da repercussão que está acontecendo, não teria feito a gravação; que o G. era bom aluno, pois tinha boas notas, só que era um aluno teimoso; que não acredita que o G. fosse agredir o professor José, mas acredita que o tivesse peitado esperando que ele fosse atirar-se ao chão como haviam dito que aconteceu nas outras salas, pois acredita que todos os alunos sabiam da história; (...) que não foi feito nada pela orientação educacional em relação à disciplina da sala de aula” (grifei)

Aludido depoimento demonstra claramente que haviam problemas de relacionamento entre o autor e a “turma 103” e a falta de preparo do autor para solucionar os problemas de indisciplina. Saliente-se, contudo, o registro de que problemas haviam entre a turma e outros professores e que a Direção da Instituição não tomou nenhuma atitude junto à turma no sentido de resolver os problemas de indisciplina.

Por fim, colhe-se do relatório final da sindicância (fls. 116-146), que houve demora da Direção da Instituição em tomar providências sobre as reclamações dos alunos, uma vez que os depoimentos, prestados em 2006, relatam fatos ocorridos desde 2004.

Ainda, segundo o relatório, à época dos fatos, o autor atendia a 11 (onze) turmas, com uma média de 30 (trinta) alunos por turma, ou seja, são aproximadamente 300 (trezentos) alunos, sendo que as reclamações são originárias de três turmas: duas em que ele teria se jogado ao chão, simulando uma agressão e o caso do aluno G., que teria sido ofendido pelo professor.

O DVD constando a filmagem do momento em que o autor teria chamado o aluno G. de “veado”, além de ser considerado pela comissão como prova preparada, direcionada, tem-se do depoimento do aluno André, autor da filmagem, que o DVD juntado aos autos não é aquele que produziu. Quanto a acusação de ter o autor “chamado o aluno G. de

veado”, não restou comprovado na sindicância, uma vez que a filmagem não mostra o início da discussão e não é clara quanto a quem teria proferido a palavra “veado”.

Quanto a postura da Direção da instituição, frente aos problemas apresentados pelo autor junto aos alunos, o relatório conclui que:

“Também não merece acolhida a atitude da servidor Gladys Verges Fleck, Orientadora Educacional, que extrapolou suas funções e como educadora especialista deveria ter tomado providências incisivas junto aos alunos indisciplinados, mais especificamente na turma 103, que pelo que se denota tem problemas com todos os professores, com exceção aos que são mais rigorosos em sala de aula. (...) o que ficou demonstrado é que a referida servidora tentou interferir na atuação do professor inquirindo-o sobre os fatos acontecidos na sala de aula no exato momento em que este havia retirado o aluno de sala de aula. Qualquer motivo que houvesse, a ética profissional exige que deveria ter esperado para indagá-lo após a aula ter terminado. Além disso, pelos depoimentos de fls. ficou delineado que a servidora especialista procurou de todas as formas um motivo para interferir na atuação do professor como profissional em sala de aula, pois deixou de considerar que a grande maioria dos alunos nunca reclamou e nem tampouco os pais dos mais de três (3) centenas de alunos.

Deixa a desejar a atuação dos especialistas no que se refere à Supervisão Escolar do IEE, pois nada consta dos autos sobre o desempenho destes profissionais no que se refere à realização de projetos e atividades voltados ao trabalho dos professores, a fim de enfrentarem as dificuldades em sala de aula provocadas por alunos indisciplinados. Há que se salientar que o número dos especialistas para estas atividades é insuficiente pois são apenas quatro (4) para atenderem mais de trezentos (300) professores. Denota-se que grande parte dos problemas que aconteceram tiveram o envolvimento da orientadora Gladys, que interagiu com os alunos cobrando do professor, contudo não ficou evidenciado nos autos de que tivessem sido realizados apoio e orientação por parte da Supervisão que viesse a ajudar na atuação do professor em sala de aula, beneficiando o ensino-aprendizagem. O que ficou evidenciado é

que houve intervenções freqüentes nas atuações dos especialistas: Orientação atuando e interferindo nas atividades do professor e deixando de orientar os alunos, e a Supervisão atuando em atividades outras e insuficientes nas atividades correspondentes aos professores.

O afastamento do Professor José do Patrocínio da sala de aula para exercer suas atividades no Laboratório de Física deu-se de forma irregular e ilegal, haja vista que o mesmo encontra-se me Estágio Probatório para ministrar aulas de física em sala de aula. E, somente os fatos alegados não justificam o seu afastamento da sala de aula; pois nem havia ainda a instauração de sindicância para apurar a veracidade e autoria, e o servidor já fora punido das atividades sem ter se defendido, a revelia da lei. Além do mais, com contratação de professores substitutos, houve aumento das despesas ao erário sem justificativa legal.

(...) Legalmente as decisões devem ser fundamentadas nos elementos de provas constantes e harmônicas demonstradas nos autos. É preciso que exista efetiva comprovação da relação causal entre a autoria e a materialidade para que se possa punir.

Diante dos elementos comprovados no decorrer do processo ensejam à Comissão que não é possível em hipótese alguma reunir provas que consubstancie a denúncia.

(...) a Comissão de Processo de Sindicância faz estes autos conclusos, com a sugestão de que Vossa Excelência se digne determinar o seguinte:

- a) A absolvição antecipada do acusado José do Patrocínio Henrique de Souza, matrícula 306.110-03-8, lotado e em exercício no Instituto Estadual de Educação de Florianópolis, SC., através de Portaria, com o retorno imediato à sala de aula, tão logo retorne de sua Licença para Tratamento de Saúde;
- b) Seja considerado o período em que esteve afastado em atividade no Laboratório de Física como em exercício em sala de aula, haja vista que seu afastamento ocorreu de forma irregular e sem justificativa legal;
- c) Que não haja interrupção nem prejuízo na avaliação do Estágio Probatório”.

Em juízo, foram inquiridas duas testemunhas arroladas pelo autor.

A testemunha Newton Martendal Gentil, professor do IEE confirmou que o autor sofreu discriminação por parte dos colegas, declarando em seu depoimento (fls. 177): *“que assistiu a professora Graça, professora Beatriz e o professor Luiz Fernando na sala dos professores, dizer que o autor era ‘velho’ e que não tinha condições de estar em sala de aula, sendo uma pessoa ultrapassada; que disseram mais, que ele não teria mais capacidade física e mental para estar lecionando; que isso fora dito na presença do depoente, do professor Emio, visando cooptá-los a respeito da opinião daqueles professores; que por alguns atos da administração, acredito que eles estavam perseguindo o autor”*.

No mesmo norte o depoimento prestado pela testemunha Emio Furlan, também professor do IEE: *“que assistiu a orientação educacional, numa reunião pedagógica, a orientadora sustar a palavra do professor José do Patrocínio, por não considerar relevante; que nunca assistiu alguém chamar o autor de homossexual, apenas viu um gesto”*.

Sobre o assédio moral no ambiente de trabalho, leciona Nordson Gonçalves de Carvalho:

“Não obstante a subordinação jurídica do empregado perante o empregador, essa condição não permite que este trate o trabalhador de modo desrespeitoso, humilhante, degradante, violando assim sua dignidade e condição de ser humano.

De notar que todas as ocorrências dentro do ambiente de trabalho que não se compatibilizem com condições dignas de trabalho estão em desacordo com a dignidade da pessoa humana do trabalhador e, por conseguinte, devem ser reprimidas.

[...]

A vítima, sujeito passivo do assédio moral, é o empregado que sofre reiteradas e sistemáticas agressões morais, que tem por objetivo isolá-lo e excluí-lo da organização de trabalho.

A exposição da vítima a tais ações perversas compromete sua própria identidade, sua dignidade pessoal e profissional, produzindo reflexos negativos no seu desempenho dentro da organização empresarial e, principalmente, acarretando danos pessoais à sua saúde (física e mental), culminando, assim, na incapacidade para o exercício profissional e o consequente afastamento das atividades laborativas, podendo até mesmo levar à depressão e ao suicídio”. (Assédio moral da relação de trabalho. São Paulo: Rideel, 2009, p. 72-76).

Analisando os depoimentos prestados na Sindicância instaurada pela Secretaria de Estado da Educação, a requerimento da Coordenadora Geral do IEE e da Coordenadora de Ensino do IEE, infere-se que o autor apresentou dificuldades de fundo pedagógico e, especialmente, em relação ao relacionamento com alguns alunos, no exercício da função de professor.

Do acurado estudo dos autos, observo que a postura do autor frente à indisciplina dos alunos foi de instabilidade emocional, porém não há dados suficientes para estabelecer o fator desencadeante dos problemas relacionais. De fato, um comportamento de agressividade e instabilidade emocional é inadmissível em um professor, porém no caso em exame, faltou acompanhamento efetivo do servidor, pois se percebe que a equipe pedagógica do IEE buscou resolver os problemas com o professor, sugerindo-lhe que mudasse sua maneira de apresentar os conteúdos e de avaliar os alunos, bem assim que refletisse sobre as determinações para que alunos saíssem da sala de aula, sem contudo dar-lhe suporte pedagógico, tampouco buscar identificar a fonte dos problemas.

De salientar que não foram tomados os cuidados necessários para minimizar os atritos entre o autor e os alunos, tampouco foi realizado algum trabalho junto aos alunos que apresentavam conduta de indisciplina.

O Estado tem a obrigação de acompanhar e orientar seus servidores, especialmente aqueles em estágio probatório, como o caso do au-

tor. Não se vislumbra nos autos quaisquer providências dos responsáveis pela Instituição nesse sentido, salientando-se, ainda, que às fls. 251-262 consta avaliação de desempenho funcional no estágio probatório, referente ao 1º semestre de 2004, tendo o autor recebido avaliação positiva.

O processo de avaliação do estágio probatório do servidor nomeado para o magistério público estadual é regido pelo Decreto n. 3.490/98, o qual determina que o servidor avaliado deverá receber acompanhamento, orientações sistemáticas e feedback sobre seu desempenho.

A avaliação deve utilizar os seguintes conceitos operacionais para cada requisito avaliado: “*SD – supera o desempenho esperado; AD – atinge o desempenho esperado; AP – atinge parcialmente o desempenho esperado; ND – não atinge o desempenho esperado*”.

O resultado da avaliação realizada em novembro de 2004 tem como conceituação final do autor AD (fl. 262), ou seja, atingiu o desempenho esperado.

Nada consta dos autos sobre as avaliações seguintes, não havendo como apurar se apontaram alguma deficiência no desempenho do autor e quais as providências tomadas pela Direção da Instituição.

Nada obstante, cumpre mencionar que o Estado tem por obrigação acompanhar os servidores em estágio probatório, zelando por sua orientação, para que as tarefas desempenhadas por eles sejam realizadas de maneira competente, oferecendo os meios para o crescimento e desenvolvimento do servidor, identificando e solucionando os problemas eventualmente existentes no relacionamento entre o corpo docente e o corpo discente.

Alega o Estado de Santa Catarina que o apelante não logrou êxito em provar o ilícito que lhe é imputado, afastando a obrigação indenizatória pretendida.

Como dito alhures, tratando-se no caso, de responsabilidade subjetiva do Estado, faz-se imprescindível a prova não só do dano, mas também do nexu causal e da culpa ou do dolo. É o que se colhe da jurisprudência:

“A responsabilidade civil por dano extrapatrimonial causado a servidor público em decorrência de abalo moral que sofreu advinda de seu trabalho não se regula pela teoria do risco administrativo, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, visto que esta se destina a indenizar os administrados (terceiros) por danos ocasionados pela prestação de serviços públicos. Desse modo, impõe-se aplicar, a teoria da culpa, sistema geral de obrigação reparatória no ordenamento jurídico (AC n. 2010. 021960-0, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 9.7.10)” (Apelação Cível n. 2012.019777-1, de Criciúma, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 27/11/2012).

Denota-se dos autos que o apelante, após ter sido aprovado em concurso público, tomou posse no cargo de professor de física, desempenhando suas funções no Instituto Estadual de Educação de Florianópolis. Após três anos em exercício, em decorrência de reclamações de alunos e pais quando a seu desempenho em sala de aula, no concernente a métodos pedagógicos aplicados nas aulas e também quanto ao seu relacionamento com os alunos, foi transferido para o Laboratório de Física da instituição, onde ficou à disposição dos alunos para aulas de reforço. Uma sindicância foi instaurada para apurar as denúncias, porém, em que pese ser-lhe oportunizada defesa nos autos da sindicância, seu afastamento da sala de aula foi sumário e arbitrário. De salientar que a conclusão da sindicância foi pela ausência de provas acerca das denúncias e pela ilegalidade do afastamento do apelante da sala de aula. Salientou, ainda, o relatório da sindicância, que em grande parte dos problemas ocorridos houve a participação da orientadora Gladys, a qual demonstrou inter-

ferência no trabalho do apelado, fazendo-lhe cobranças, sem contudo realizar o necessário trabalho de orientação junto aos alunos envolvidos nos casos.

Dessume-se, ainda, dos autos, que em razão dos acontecimentos o apelante sofreu abalo emocional, agravado pelo afastamento da sala de aula, sendo inclusive necessário afastar-se de suas atividades profissionais, conforme atestado médico de fls. 688, segundo o qual o apelante é portador da patologia classificada no CID F 43 (reações ao stress grave e transtornos de adaptação) e da conclusão da sindicância, que menciona estar o apelante em licença para tratamento de saúde.

Nesta toada, o Estado de Santa Catarina há de responder pela conduta de agentes seus, ensejadora do dano sofrido pelo apelado, pois a despeito da alegação de que não houve assédio moral, isto não o exime de responsabilidade, pois, na condição de empregador, impõe-se-lhe zelar pela integridade física e mental dos seus servidores, não os submetendo, ou permitindo que sejam submetidos, a situações constrangedoras, vexatórias.

A ocorrência do dano moral está no abalo psicológico sofrido pelo autor em decorrência da conduta culposa dos agentes públicos, superiores hierárquicos do autor, os quais, além de não propiciar-lhe a orientação esperada, sofreu o constrangimento do afastamento sumário, abusivo, arbitrário, das funções de professor da sala de aula, desviando-o de seu cargo originário para o qual prestou concurso público, para trabalhar no laboratório de física do IEE.

O nexo de causalidade está presente, por ser censurável a conduta dos dirigentes da Instituição de Ensino, uma vez que há nos autos referência a várias reuniões realizadas sem a presença do autor, onde decidiram unilateralmente sobre sua vida profissional, sem que lhe fosse permitida defesa, resultando no afastamento do autor da suas atividades em sala de aula.

Nesse norte, configurado o dano anímico sofrido pelo apelante, resta inquestionável seu direito à compensação pecuniária pelos danos morais que sofreu, pois evidente que, diante das circunstâncias do caso concreto, não houve mero aborrecimento, mas verdadeira frustração, humilhação e ofensa à sua honra subjetiva, na medida em que não recebeu do Estado o suporte necessário durante seu estágio probatório, sendo-lhe aplicada punição arbitrária consistente no afastamento da sala de aula.

Resta, assim, definir o montante da compensação por danos morais. Nesse sentido, convém lembrar não ser admissível que a compensação seja financeira fonte de enriquecimento sem causa pela parte lesada. Com efeito, a par dos critérios ordinariamente utilizados para este fim (grau de culpa, extensão do dano, circunstâncias de fato que delineiam o caso concreto, entre outros), necessário que o julgador decida de acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade na estipulação do valor indenizatório.

Ensinam a doutrina e a jurisprudência que, no arbitramento do dano moral, deve o juiz ponderar o sofrimento do ofendido, a intensidade do dolo ou grau de culpa do responsável e a situação econômica do ofensor, a fim de não propiciar o enriquecimento sem causa de um e a ruína do outro.

Cuida-se, portanto, de um critério fundado na razoabilidade, devendo a importância fixada servir como compensação aos prejuízos, constrangimentos, dissabores e transtornos sofridos pela vítima do evento danoso, com caráter pedagógico e profilático inibidor, capaz de evitar o cometimento de novos atos ilícitos.

Assim, o valor pecuniário deve ser fixado de maneira a atender a pretensão de compensação pelos danos morais sofridos pela vítima sem importar em enriquecimento e, simultaneamente, penalizar civilmente o causador do ilícito sem ocasionar-lhe empobrecimento, devendo, contudo, servir de séria reprimenda para evitar a recidiva.

Para compensar a dor experimentada pelo ofendido “(...) *tal paga em dinheiro deve representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral ou, que seja, psicológica, capaz de neutralizar ou ‘anestésiar’ em alguma parte o sofrimento impingido... A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que tampouco signifique um enriquecimento sem causa da vítima, mas está também em produzir no causador do mal, impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado. Trata-se, então, de uma estimacão prudencial. (TJSP, AC n. 113.190-1, Rel. Des. Walter Moraes)” (STF, RE n. 447.584-7/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 28/11/2006).*

Nessa esteira, Regina Beatriz Tavares da Silva afirma:

“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” (Código civil comentado, coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 913).

Igualmente orientam os seguintes precedentes:

“[...] A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos

critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso [...]”. (STJ, Resp nº. 205.268/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 08/06/1999).

“[...] O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para o abalo creditício sofrido pela pessoa lesada, sem importar a ela enriquecimento sem causa ou estímulo ao prejuízo suportado; e, por outro, deve desempenhar uma função pedagógica e uma séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva [...]”. (TJSC, AC nº. 2001.010072-0, de Criciúma, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 14/10/2004).

Conforme remansosa jurisprudência, a compensação a ser paga deve representar para a parte lesada uma satisfação capaz de neutralizar, ou ao menos anestesiar em parte os efeitos dos transtornos causados, sem equivaler a um enriquecimento sem causa de quem recebe. Deve servir, outrossim, como forma de punição, com o fito de evitar a repetição do fato, bem como levar em conta as circunstâncias do assédio moral sofrido.

Por tais motivos, diante do quadro fático desenhado nos fólios e em observância aos casos semelhantes que mereceram o crivo deste Órgão Fracionário, entendo por bem quantificar a verba compensatória pelos danos morais em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), acrescidos de juros de mora no percentual de 1% (um por cento) ao mês desde o evento ilícito - 01/10/2006 - data em que o apelante foi afastado da sala de aula, conforme documentos de fls. 383 e 408, na forma do enunciado n. 54 da Súmula do STJ (*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*), até a data da entrada em vigor da Lei n. 11.960/09 (30/06/2009), que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, quando o percentual deve ser substituído pelos índices aplicáveis à caderneta de poupança.

A correção monetária deverá incidir a partir do presente arbitramento, conforme o enunciado da Súmula 362 do STJ, adotando-se o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que, ao apreciar o REsp n. 1.270.439/PR, representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C, § 1º, do Código de Processo Civil, declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei n. 11.960/09, no tocante ao critério de correção monetária nele previsto, mantida, no entanto, a eficácia do dispositivo quanto ao cálculo dos juros moratórios.

Dessa forma, na esteira das decisões desta Terceira Câmara de Direito Público, tem-se que o índice de atualização da moeda a ser observado deverá ser aquele que melhor reflita a inflação acumulada do período, o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Ao fim e ao cabo, sobre a fixação dos honorários, deve-se ter em conta que, de modo geral, em todas as condenações em que for vencida a Fazenda Pública, *‘os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz’*, atendidas as normas das letras a, b, c do mesmo artigo.

Vencida a Fazenda Pública, consolidado o entendimento de que, salvo se irrisórios ou excessivos, os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Por derradeiro, diante da reforma da sentença hostilizada, e tendo em vista que a quantificação do montante da compensação por danos morais em valor inferior ao pleiteado não importa em sucumbência do autor, inverte o ônus sucumbencial, devendo o Estado de Santa Catarina arcar com o pagamento dos honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, havendo isenção legal em relação às custas processuais (LC-156/97, com as alterações da LC-161/97).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para condenar o Estado de Santa Catarina a indenizar os danos morais sofridos pelo autor, arbitrando-se a verba indenitória no montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), acrescida de juros e correção monetária, nos termos da fundamentação.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.030193-0, da Capital

Relator: Desembargador Ricardo Roesler

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADO DE SEGURANÇA E REEXAME NECESSÁRIO. LICITAÇÃO, POR MEIO DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA, PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL. TÁXI. APROVAÇÃO NAS ETAPAS DO CERTAME. ASSINATURA DO CONTRATO NÃO REALIZADA POR SER O PERMISSIONÁRIO OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO NO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. VEDAÇÃO DO ART. 37, XVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO INCIDENTE NA HIPÓTESE. PERMISSÃO. EXECUÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO QUE NÃO SE CONFUNDE COM CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA. VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. RECURSOS DESPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA EM REMESSA OFICIAL.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n.º 2012.030193-0, da comarca da Capital (1ª Vara da Fazenda Pública), em que são apelantes o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e outro, e apelado Maicon Santos Trierveiler:

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos de apelação para negar-lhes provimento e manter a sentença em remessa oficial. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs.

Desembargadores Jaime Ramos (Presidente com voto) e Júlio César Knoll.

Florianópolis, 10 de abril de 2014.

Ricardo Roesler

RELATOR

RELATÓRIO

Maicon Santos Trierveiler impetrou mandado de segurança contra ato do Secretário de Transportes, Mobilidade e Terminais do Município de Florianópolis.

Alegou ter participado da Concorrência Pública n.º 001/2010, aberta pelo Município de Florianópolis, que visava à outorga, para pessoas físicas (naturais), de permissão do serviço de transporte individual por táxi, mediante a realização de duas etapas, uma consistente em prova objetiva e outra habilitação e proposta técnica.

Foi aprovado na primeira fase do certame, classificando-se na posição 310 (trezentos e dez), quando o edital previa 400 (quatrocentas) vagas nesta etapa, vindo a apresentar os documentos exigidos pelo edital, para habilitação e proposta técnica, no qual restou classificado na 49ª (quadragésima nona) posição, e 61º (sexagésimo primeiro) para escolha do posto de trabalho.

Afirmou, ainda, que ao efetuar o cadastro e assinatura do contrato de permissão, foi exigida a apresentação de diversos documentos, dentre os quais uma declaração de vínculo com o serviço público, o que o fez, uma vez ocupante de cargo público, sendo-lhe negada a assinatura do contrato por este motivo, mesmo inexistindo previsão expressa a esse respeito no edital do concurso.

Requeru, assim, o deferimento de medida liminar, para que fosse autorizada a assinatura do contrato de permissão e posterior confirma desta, e concessão da segurança em definitivo (fls. 01-37). Juntou documentos (fls. 38-110).

A liminar foi deferida às fls. 112-115.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações, afirmando que a negativa de contratação possui respaldo na Constituição da República, que veda a acumulação de funções públicas salvo exceções, não verificadas na hipótese, inexistindo direito líquido e certo a ser amparado. Pleiteou, pois, a denegação da segurança (fls. 123-128). Trouxe documentos (fls. 129-133).

Da decisão interlocutória, o Ministério Público interpôs agravo de instrumento, cuja comunicação foi juntada aos autos à fl. 144.

Ao proferir sentença, o Magistrado singular confirmou a liminar e concedeu a ordem pleiteada (fls. 161-173).

Insatisfeitos com a prestação jurisdicional, o representante do Ministério Público e o Município de Florianópolis interpuseram recurso de apelação, ambos reeditando os termos das manifestações apresentadas, pugnando pela reforma da sentença e denegação da segurança (fls. 176-184 e 194-199).

Cópia da decisão que admitiu o processamento do agravo e lhe concedeu efeito suspensivo foi juntada aos autos às fls. 185-188.

Contrarrazões às fls. 222-234 e 235-249.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Guido Feuser, que opinou pelo conhecimento e provimento dos apelos (fls. 255-258).

É o relatório.

VOTO

Trato de apelações cíveis interpostas pelo Ministério Público de Santa Catarina e pelo Município de Florianópolis contra sentença que concedeu a segurança pleiteada por Maicon Santos Trierweiler.

Inicialmente, esclareço que a sentença deve ser analisada em remessa oficial, à luz do disposto no art. 14, § 1º, da Lei n.º 12.016/2009, segundo o qual “*concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição*”, o que será feito em conjunto com os recursos de apelação, uma vez que os argumentos dispendidos nestes são os mesmos já enfrentados no curso do processo.

Quanto às razões de reclamo, ambos os apelantes sustentam que não há como ser concedida ordem ao impetrante, tendo em vista que a este, ocupante de cargo público, não pode ser autorizada a contratação para prestação de serviço público, em virtude do que dispõe o art. 37, incisos XI e XVI, da Constituição Federal, que não permitem a acumulação de cargos públicos, com exceção das hipóteses que tratam professores ou profissionais da saúde.

Compulsando os autos, verifico que o Município de Florianópolis lançou o edital de licitação, modalidade concorrência pública, n.º 001/2010 – SMTMT, para fins de outorga de permissão do serviço público de transporte individual, por táxi, a ser prestado por pessoas física (fls. 45-53v), no qual o apelado se inscreveu e foi aprovado, conforme dá conta o documento de fls. 67-70.

Determinada a ordem de classificação, optou pelo ponto de táxi denominado “Floripa Shopping” (fl. 85), necessitando, para concretização do ato, apenas da assinatura do contrato de permissão para o serviço.

Para tanto, deveria apresentar alguns documentos, dentre os quais uma “*declaração de vínculo com o serviço público com firma reconhecida*”.

da” (fl. 87), momento em que a administração pública municipal tomou conhecimento que o impetrante ocupava o cargo de “auditor fiscal de controle externo” do Tribunal de Consta do Estado (fl. 109), negando-lhe a formalização do ato em atendimento à recomendação do Ministério Público estadual.

Cumpra esclarecer, a respeito da permissão de serviço público, que a Constituição Federal determina que a concessão deste tipo de autorização será dado pelo poder público, por meio de licitação (art. 175).

O referido dispositivo foi regulamentado pela Lei n.º 8.987/1995, que dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, considerando como permissão de serviço público “*a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco*” (art. 2º, IV).

O serviço de táxi, como modalidade de serviço público de interesse local, é organizado pela municipalidade, nos termos do art. 30, V, da CR, que pode prestá-lo diretamente ou mediante permissão ou concessão.

Em razão desta delegação é que o Município de Florianópolis editou a Lei Complementar n.º 085/2001, que norteou o processo de licitação, na modalidade concorrência pública, n.º 001/2010 – SMTMT, ora sob análise.

Sobre a permissão, convém esclarecer que se trata, em regra, de ato unilateral, discricionário e precário da Administração Pública, com vistas a autorizar a execução de serviço público por particular, muito embora haja a possibilidade de se enquadrar como contrato administrativo, o que não se verifica.

No caso, o particular, prestador do serviço público, que pretende

desenvolver atividade de taxista, não é considerado ocupante de cargo público, para fins do art. 37, XVI, pois sua remuneração não decorre diretamente do poder público, mas sim de terceiro, além de se configurar vínculo precário, que pode ser extinto a qualquer tempo pela Administração, sem exigência de processo administrativo.

Trata-se, sim, de particulares em colaboração com o Poder Público, que, segundo lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Nesta categoria entram as pessoas físicas que prestam serviços do Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração. Podem fazê-lo sob títulos diversos, que compreendem:

1a. Delegação do Poder Público, como se dá com os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, os que exercem serviços notariais e de registro (art. 236 da Constituição), os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos; eles exercem função pública, em seu próprio nome, sem vínculo empregatício, porém sob fiscalização do Poder Público. A remuneração que recebem não é paga pelos cofres públicos mas pelos terceiros usuários do serviço. [...] (*Direito administrativo* - 21. Ed. - São Paulo : Atlas, 2008, p. 491).

Com efeito, na hipótese, demonstrado que o vencedor da licitação para fins de permissão de serviço de transporte individual, por táxi, não é tido como ocupante de cargo público, inaplicável a vedação do art. 37, XVI, da Carta Magna, devendo ser autorizada a assinatura do contrato, conforme bem determinou a sentença, por se tratar de direito líquido e certo do impetrante.

A matéria já foi objeto de análise por esta Corte de Justiça, em apelação cível em mandado de segurança afeta ao Grupo de Câmara de Direito Pública, n.º 2012.023177-4, cujo relator foi o ilustre Des. Jaime Ramos, e que ficou assim ementada:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS POR MEIO DE TAXÍMETRO (TÁXI) – PARTICIPAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DE SERVIDOR OU EMPREGADO PÚBLICO NÃO VINCULADO AO PERMITENTE – POSSIBILIDADE – CUMULAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO PERMITIDO COM CARGO, FUNÇÃO OU EMPREGO PÚBLICO – ADMISSIBILIDADE QUANDO NÃO HOVER PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL OU LEGAL – INAPLICABILIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NOS INCISOS XVI E XVII DO ART. 37, DA CF/1988 – DIREITO À PERMISSÃO.

O serviço público municipal de transporte individual de passageiros, por meio de taxímetro (táxi), prestado por particular sob permissão do Poder Público, pessoalmente ou por intermédio de condutor auxiliar indicado pelo permissionário, não se confunde com cargo, função ou emprego público, razão pela qual a acumulação daquela atividade com cargo, função ou emprego público exercido em administração diversa da do permitente, não se insere na vedação prevista no art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição da República, até porque o serviço público municipal de táxi não é remunerado pela Administração Pública e sim por tarifa paga pelo usuário. (julgado em 12-09-2012).

Com isso, a decisão de primeiro grau deve permanecer inalterada, tanto no mérito como com relação aos ônus de sucumbência, que não são devidos pelo órgão ministerial e pelo ente público municipal.

Tecidas essas considerações, conheço dos recursos para negar-lhes provimento e, em reexame necessário, manter incólume a sentença vergastada.

É como voto.

SEÇÃO CRIMINAL

REVISÃO CRIMINAL

Revisão Criminal n. 2014.013340-5, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann

REVISÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. PROMOVER OU FACILITAR A FUGA DE PESSOA PRESA. CRIME PRATICADO POR QUEM DETINHA A CUSTÓRIA DO RECLUSO (ART. 351, § 3º, DO CÓDIGO PENAL).

AVENTADAS NULIDADES PROCESSUAIS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. INOCORRÊNCIA. ÓRGÃO MINISTERIAL REGIDO PELO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVISIBILIDADE. POSTULADO ADMITIDO PELAS CORTES SUPERIORES APENAS PARA EVITAR O CHAMADO “ACUSADOR DE EXCEÇÃO”. DIRECIONAMENTO DO FEITO NÃO DEMONSTRADO *IN CASU*. ALEGADA VIOLAÇÃO À COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL PARA JULGAMENTO DO PROCESSO. NÃO CABIMENTO. CRIME CUJA PENA MÁXIMA PREVISTA EXCEDE A DOIS ANOS. REQUISITO DO ART. 61 DA LEI N. 9.099/1995 NÃO ATENDIDO. SUSTENTADA NÃO OBSERVÂNCIA DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. DIREITO SURGIDO EM DECORRÊNCIA DA SENTENÇA QUE JULGOU A AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REQUISITO TEMPORAL ATENDIDO. CONTUDO, EXISTÊNCIA DE PROCESSO CRIMINAL EM CURSO QUE INVIABILIZA A APLICAÇÃO DA BENESSE.

ALEGADO JULGAMENTO CONTRÁRIO À LEI EXPRESSA (ART. 621, I, PRIMEIRA PARTE, DO CPP). DOSIMETRIA. SUSTENTADA FIXAÇÃO EXACERBADA DA PENA. NÃO VERIFICAÇÃO. AUMENTO DEVIDAMENTE MOTIVADO. *QUANTUM* QUE NÃO SE REVELA DESPROPORCIONAL. PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE

MOTIVADA DO MAGISTRADO. CIRCUNSTÂNCIAS SOPESADAS, E ATACADAS PELO REQUERENTE, QUE NÃO SÃO INERENTES AO TIPO PENAL, TAMPOUCO INCOMPATÍVEIS. PRETENSÃO INACOLHIDA. POR OUTRO LADO, AINDA QUE INEXISTA PEDIDO ESPECÍFICO DO REQUERENTE NO PONTO, CUMPRE AFASTAR A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA PERSONALIDADE DESVIRTUADA, POIS AFERIDA COM BASE EM ELEMENTOS INIDÔNEOS. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL OU QUALQUER OUTRO ELEMENTO QUE A ATESTE. INAPTIDÃO PARA ALICERÇAR O AUMENTO. REPRIMENDA MINORADA, DE OFÍCIO. VENCENDO O RELATOR NESTE PONTO.

REVISÃO CONHECIDA E INDEFERIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 2014.013340-5, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara Criminal), em que é requerente Marco Antonio Branco:

A Seção Criminal decidiu, por votação unânime, indeferir o pedido e, por maioria de votos, afastar a análise negativa da personalidade na primeira fase da dosimetria. Vencidos no ponto os Exmos. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann - Relator, Desa. Marli Mosimann Vargas, Des. Paulo Roberto Sartorato e Des. Carlos Alberto Civinski, que mantinham a dosimetria aplicada. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 30 de abril de 2014, os Excelentíssimos Desembargadores: Leopoldo Augusto Brüggemann (relator), Salete Silva Sommariva, Moacyr de Moraes Lima Filho, Jorge Schaefer Martins, Marli Mosimann Vargas, Roberto Lucas Pacheco, Paulo Roberto Sartorato, Carlos Alberto Civinski e Rodrigo Collaço. Funcionou, pela douta Procuradoria Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Rui Arno Richter.

Florianópolis, 13 de maio de 2014.

Leopoldo Augusto Brüggemann

RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Balneário Camboriú, Marco Antônio Branco restou condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, por infração ao disposto no art. 351, § 3º, do Código Penal (fls. 821-857). A sentença condenatória transitou em julgado em 23 de agosto julho de 2010 (fls. 927 e 932).

Por intermédio de advogado, o reeducando ingressou com a presente ação revisional, com fundamento no art. 621, I, do Código de Processo Penal, buscando, inicialmente, a anulação do processo que culminou em sua condenação, por ofensa ao Princípio do Promotor Natural, ao argumento de que o membro do Ministério Público que ofereceu a denúncia não foi aquele que apresentou as derradeiras alegações (citando a decisão de fls. 723-727); por ter sido a sentença prolatada por juízo incompetente, sustentando que a togada *a quo*, ao desclassificar a conduta imputada ao acusado, desrespeitou regra de competência absoluta atribuída ao Juizado Especial Criminal; tal como em razão da não observância da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995), perfeitamente aplicável ao caso. Argumenta que o prejuízo gerado com as aludidas nulidades foi a própria condenação do recorrente, circunstância que, ademais, impediu sua almejada promoção a Sargento.

Subsidiariamente, ainda requereu a correção da dosagem de sua pena, com a diminuição ao mínimo legal previsto para o tipo, uma vez ausentes circunstâncias judiciais idôneas a justificar os aumentos aplicados pela magistrada *a quo* (fls. 02-12).

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Rogério Antônio da Luz Bertoncini, opinou pelo não conhecimento e não provimento da revisional (fls. 30-36).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de revisão criminal ajuizada por Marco Antônio Branco em face da sentença transitada em julgado que o condenou como incurso na prática da conduta prevista no art. 351, § 3º, do Código Penal.

Quanto à questão de fundo, tem-se que o cabimento da ação de impugnação à coisa julgada restringe-se às hipóteses contidas no art. 621 do Código Processo Penal, *in verbis*:

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.

Viável, outrossim, o ingresso da ação revisional diante de nulidade absoluta. A respeito, bem elucidada Renato Brasileiro de Lima:

Apesar de não constar expressamente do art. 621, prevalece o entendimento de que também se admite o ajuizamento de revisão criminal na hipótese de nulidade do processo, já que o art. 626, *caput*, do CPP, refere-se à anulação do processo como um dos possíveis resultados da procedência do pedido revisional.

Inicialmente, há de se ficar atento à espécie de nulidade. De fato, em se tratando de nulidade absoluta constante de sentença condenatória ou absolutória imprópria, é sabido que a sua arguição pode ser feita a qualquer momento, inclusive após o trânsito em julgado. Todavia, na hipótese de nulidade relativa, caso esta não seja arguida oportunamente (CPP, art. 571), dar-se-á preclusão temporal e consequente convalidação da nulidade (*Manual de processo penal*, vol. II. Niterói, RJ: Impetus, 2012, p. 1110).

In casu, o requerente sustenta nulidade durante o processamento da ação principal por ofensa ao Princípio do Promotor Natural; pela não observância da regra de competência do Juizado Especial Criminal; tal como também em decorrência da não aplicação do instituto despenalizante previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Subsidiariamente, alega flagrante irregularidade na aplicação da pena, por contrariar texto expresso da lei (art. 59 do Diploma Penal).

A inicial foi instruída com cópia integral dos autos principais, nele constando a sentença prolatada (fls. 821-857) e a sua certidão de trânsito em julgado (fl. 927), além de outros documentos relevantes, conjunto que se mostra suficiente para o exame das teses articuladas (art. 625, § 1º, do CPP).

Portanto, a ação é de ser admitida.

Contudo, não merece procedência.

Das *nulidades*

Da violação do Princípio do Promotor Natural

Sustenta o requerente a nulidade do processo em razão da ofensa ao Princípio do Promotor Natural, argumentando que o membro do Ministério Público que ofereceu a denúncia não foi aquele que apresentou as derradeiras alegações (fls. 723-727).

O pleito não procede.

Embora a questão seja polêmica, mormente por inexistir previsão legal a respeito, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a existência do Princípio do Promotor Natural, como decorrência de princípios constitucionais, ainda que com algumas relativizações.

Conforme a Corte da Cidadania, referido princípio “evidenciado na garantia constitucional acerca da isenção na escolha dos representantes ministeriais para atuarem na persecução penal, almeja assegurar o exercício pleno e independente das atribuições do Ministério Público, repelindo do nosso ordenamento jurídico a figura do acusador de exceção, escolhido arbitrariamente pelo Procurador-Geral” (*Habeas Corpus* n. 221805/SE, Rel. Mina. Laurita Vaz, j. 18/02/2014).

Diverge do Princípio do Juiz Natural, na medida em que este assegura o julgamento individual independente, o que vai de encontro ao princípio constitucional da indivisibilidade (§ 1º do art. 127) que rege a instituição do Ministério Público.

O princípio constitucional da indivisibilidade preconiza que todos os membros do Ministério Público são reciprocamente substituíveis, tornando o órgão uma totalidade homogênea. Cada membro é, assim, investido da totalidade das funções institucionais, não podendo ser destituído de parte delas.

Portanto, a atuação de mais de um Promotor num mesmo processo não acarreta qualquer usurpação de atribuições, uma vez que todos os membros são substituíveis.

Tanto é assim que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (n. 8.625/1993) prevê a possibilidade de o Procurador-Geral de Justiça designar um Promotor substituto ao titular para exercer sua atribuição em qualquer fase do processo, inclusive em plenário do Júri (art. 10, IX, alíneas e e g, e art. 24).

Neste contexto, o princípio do Promotor Natural deve apenas ser observado com a finalidade de evitar o chamado “acusador de exceção” (art. 5º, LIII, da CF), este nomeado com manipulações e em afronta aos critérios legais aplicados ao caso.

Na hipótese presente, contudo, o recorrente não demonstrou ofensa a tal postulado, muito pelo contrário. Observa-se que o Promotor de Justiça que ofertou a denúncia (na época titular da 2ª Promotoria de Justiça da comarca de Balneário Camboriú) apenas redirecionou o feito ao seu colega de profissão (atuante na 7ª Promotoria de Justiça daquela comarca), atendendo à orientação da Procuradoria-Geral de Justiça (Ato n. 063/2006/PGJ, de 4 de abril de 2006 – anexo), que determinou fosse respeitada a competência para atuação no controle externo das atividades policiais à promotoria designada para tal fim. Observe-se, ademais, que aludido Ato possui data posterior ao oferecimento da denúncia (29/11/2005).

Assim, não há falar em ofensa ao Princípio do Promotor Natural, pois não restou demonstrado qualquer indicativo de manipulação processual no intuito de indicar um suposto “acusador de exceção” para atuar no feito.

Nesse caminho colhem-se das Cortes Superiores:

*HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE, NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, INDEFERIU PEDIDO DE LIMINAR. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO. PREJUÍZO DESTA IMPETRAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. INOCORRÊNCIA. NÃO CONFIGURADO O CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT PREJUDICADO. I – A superveniência do julgamento de mérito do *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça torna prejudicado este *writ*, que ataca a decisão denegatória de liminar. Precedentes. II – A violação ao princípio do promotor natural visa a impedir que haja designação*

de promotor ad hoc ou de exceção com a finalidade de processar uma pessoa ou caso específico, o que não ocorreu na espécie. Precedentes. III – Habeas corpus prejudicado (STF/ Habeas Corpus n. 95447/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19/10/2010 – grifou-se).

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. [...] PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. [...] AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

4. *“Não prospera a alegada violação do princípio do promotor natural sustentada pelo impetrante, pois, conforme se extrai da regra do art. 5º, LIII, da Carta Magna, é vedado pelo ordenamento pátrio apenas a designação de um “acusador de exceção”, nomeado mediante manipulações casuísticas e em desacordo com os critérios legais pertinentes, o que não se vislumbra na hipótese dos autos. A instituição do Ministério Público é una e indivisível, ou seja, cada um de seus membros a representa como um todo, sendo, portanto, reciprocamente substituíveis em suas atribuições, tanto que a Lei nº 8.625/93 prevê, em seus arts. 10, IX, alíneas “e” e “g”, e 24, a possibilidade de o Procurador-Geral de Justiça designar um Promotor de Justiça substituto ao titular, para exercer sua atribuição em qualquer fase do processo, inclusive em plenário do Júri” (HC 57.506/PA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 22/02/2010).*

[...] (STJ/AgRg no REsp 1193078/RS Agravo Regimental no Recurso Especial, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 20/08/2013 – grifou-se).

E não é outro o entendimento desta Corte:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO NA FORMA TENTADA (ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE, C/C O ART. 14, AMBOS DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINARES. [...] *SUSCITADA AFRONTA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. DESCABIMENTO. ÓRGÃO MINISTERIAL REGIDO PELO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVISIBILIDADE.* [...]

- O Ministério Público é regido pelo princípio da indivisibilidade, de modo que todos os seus membros são substituíveis [...] (Apelação Criminal n. 2012.047446-0, de Balneário Camboriú, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 30/07/2013 – grifou-se).

PROCESSO PENAL. [...] NULIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. DENÚNCIA OFERECIDA POR REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE NÃO ACOMPANHOU A INSTRUÇÃO PROCESSUAL POR FORÇA DA DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO DA DENÚNCIA PELO QUE PASSOU A ATUAR NO PROCESSO, DO MESMO GRAU FUNCIONAL, APENAS LOTADO EM FORO DIVERSO E COMPETENTE. DESNECESSIDADE. EIVA INEXISTENTE. O princípio do Promotor Natural, sem amparo em preceito legal, é reconhecido pela jurisprudência com o único propósito de impedir que se institua o acusador de exceção. “O ato processual de oferecimento da denúncia, praticado, em foro incompetente, por um representante, prescinde, para ser válido e eficaz, de ratificação por outro do mesmo grau funcional e do mesmo Ministério Público, apenas lotado em foro diverso e competente, porque o foi em nome da instituição, que é una e indivisível” (HC 85.137-1-MT, rel. Min. Cezar Peluso, DJU 28.10.2005, Ementário n 2211-1, disponível em <www.stj.jus.br/SCON>, acesso em 15 mar. 2011) [...] (Apelação Criminal n. 2009.017996-2, da Capital - Continente, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 15/03/2011 – grifou-se).

HABEAS CORPUS - PRISÃO EM FLAGRANTE - TRÁFICO DE DROGAS - OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL - INOCORRÊNCIA - UNIDADE E INDIVISIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - LIBERDADE PROVISÓRIA - INADMISSIBILIDADE - VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N. 11.343/06 E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - NECESSÁRIA PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE - ORDEM DENEGADA. A unidade, ou seja, a possibilidade de que os seus representantes substituam uns aos outros, e a indivisibilidade em que seus representantes atuam em nome da instituição, são características inerentes ao órgão do Ministério Público e que, portanto, não maculam o processo [...] (Habeas Corpus n. 2008.071754-9, de Imbituba, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. 09/12/2008 – grifou-se).

Destarte, não há ilegalidade a ser sanada sob este aspecto.

Da competência do Juizado Especial Criminal

No ponto, sustenta o requerente que a magistrada sentenciante, ao desclassificar a imputação direcionada na vestibular acusatória e condená-lo apenas pela prática do delito tipificado art. 351 do Código Penal (crime de menor potencial ofensivo), desrespeitou regra de competência absoluta atribuída ao Juizado Especial Criminal.

Novamente sem razão a insurgência.

Ab initio necessário mencionar que não houve sentença de desclassificação, como menciona o autor, mas, sim, absolvição quanto ao delito previsto no art. 317, § 1º, com a condenação apenas quanto ao crime tipificado no art. 351, § 3º, ambos do Código Penal – delito este, ressalta-se, já imputado pelo *Parquet* na exordial acusatória, inclusive em sua forma qualificada do § 3º.

Pois bem. Assim textua o art. 351, § 3º, do CP:

Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva:

[...]

§ 3º - *A pena é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, se o crime é praticado por pessoa sob cuja custódia ou guarda está o preso ou o internado (grifou-se).*

Por outro vértice, a Lei n. 9.099/1995, após determinar que ao Juizado Especial Criminal compete o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, assim define o que sejam elas:

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (grifou-se).

Como se vê, a questão é simples.

A pena máxima prevista para o crime a que o requerente restou condenado (art. 351, § 3º, do CP) é de 4 (quatro) anos de reclusão. Portanto, superado os 2 (dois) anos mencionado no art. 61 da Lei n. 9.099/1995 não há falar em infração de menor potencial ofensivo.

Ademais, não se pode confundir a regra para fixação de competência do Juizado Especial Criminal com a aplicação do instituto despenalizante da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei 9.099/1995 – enquanto que para determinação da competência é exigida pena máxima abstrata para o delito imputado não superior a 2 (dois) anos, para a aplicação do *sursis* processual é necessário pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano.

A respeito, dispõe Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior:

Observe-se que, para fixar a competência do Juizado Especial, leva-se em consideração a pena máxima de dois anos. Cuidando-se de suspensão pro-

cessual, deve-se atentar para a pena mínima de um ano. Portanto, se ao crime for cominada pena máxima não superior a dois anos, a competência será do Juizado Especial; se a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, poder-se-á, satisfeitos os demais requisitos, conceder ao acusado a suspensão do processo; se superior não (Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995. 7 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 – p. 775).

Portanto, não houve violação da regra de competência, conforme defende o recorrente.

Da suspensão condicional do processo

Por outro vértice, conforme já exposto, ainda que o crime tipificado no art. 351, § 3º, do Diploma Penal não se enquadre na classificação de infração de menor potencial ofensivo, para fins de definição de competência do JECrim, comporta ele a aplicação do *sursis* processual (art. 89 da Lei n. 9.099/1995) por prever pena mínima igual a 1 (um) ano.

Contudo, ainda assim, verifica-se que o apenado não fazia jus à benesse.

Dispõe o art. 89 da Lei n. 9.099/1995:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal – grifou-se).

O direito do requerente à aplicação do instituto em questão passou a surgir no momento em que o magistrado *a quo* absolveu-o da imputa-

ção prevista no art. 317, §1º, do Código Penal, restando este denunciado apenas às sanções especificadas no art. 351, § 3º, do aludido *Codex*, ou seja, na oportunidade da prolação da sentença (12 de maio de 2008).

Do exame atento dos autos, mais precisamente da certidão de antecedentes criminais de fls. 797, observa-se que naquela época (12 de maio de 2008) o postulante respondia ao processo n. 023.06.382699-5, fato este impeditivo da oferta da benesse da suspensão condicional do processo.

Nesse sentido já se manifestou esta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL [...] APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI N. 9.099/95) - *EXISTÊNCIA DE DIVERSOS PROCESSOS EM CURSO*, BEM COMO DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO, NA ÉPOCA DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA - *IMPOSSIBILIDADE* (Apelação Criminal n. 2011.064439-4, de Garuva, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 30/5/2012 – grifou-se).

Cumpra ainda ressaltar que o fato de ter sido o requerente, nos autos n. 023.06.382699-5, agraciado com o benefício da suspensão condicional do processo (aliás, benesse irregularmente concedida, pois na época da oferta o requerente respondia a este processo criminal), em nada altera a situação apresentada, pois o que inviabiliza a oferta de novo *sursis* processual é a circunstância de possuir processo criminal em curso, hipótese verificada *in casu*.

A propósito:

HABEAS CORPUS - CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/93 - PENA MÁXIMA IGUAL A DOIS

ANOS - DELITOS COMETIDOS EM CONTINUIDADE DELITIVA [...] *NÃO OPORTUNIZADA A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - PACIENTE QUE JÁ FOI BENEFICIADO EM OUTRA AÇÃO PENAL - REQUISITOS DO ART. 89 DA LEI N. 9.099/95 NÃO PREENCHIDOS - CONSTRANGIMENTO ILEGAL OU ABUSO NA DECISÃO INOCORRENTES - PEDIDO DE ORDEM DENEGADO (Habeas Corpus n. 2011.089987-2, de Itajaí, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 06/12/2011 – grifou-se).*

E do corpo do acórdão extrai-se a seguinte lição:

Note-se que a regra é clara: o benefício pode ser concedido desde que preenchido o requisito temporal e que o beneficiário não esteja sendo processado ou já tenha sido condenado por outro crime.

Na hipótese, o que impossibilita contemplar o paciente com o *sursis* não é a anterior concessão de parcelamento do crédito tributário, mas sim o fato de estar respondendo a outro processo, em evidente reiteração criminosa.

Tanto é assim que, ultimado a se manifestar acerca da proposta, o Ministério Público pronunciou-se pelo não oferecimento do *sursis*, porquanto “*o denunciado não preenche os requisitos legais, conforme se verifica da certidão de antecedentes criminais aos autos à fl. 91, na qual consta o processo n. 033.11.004490-0, no qual este já aceitou o benefício da suspensão condicional do processo*” (fl. 92).

Por tais razões, o Magistrado singular acertadamente deixou de oferecer o benefício do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais, determinou o prosseguimento da ação penal, e abriu prazo para o acusado oferecer resposta à acusação (fl. 99).

Portanto, não preenchendo o acusado os requisitos para obtenção da benesse prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, não há irregularidade a ser sanada diante do não oferecimento da proposta.

Da aplicação da pena

Por fim, subsidiariamente, pretende o requerente a redução da reprimenda arbitrada pela togada *a quo* ao mínimo legal, ao argumento de que “nenhuma circunstância do art. 59 do C.P. é passível de aumentar à pena no dobro” (fl. 12).

Sem razão o autor.

De início, cumpre mencionar que a reforma da aplicação da pena em sede de revisão criminal apenas é admitida caso verificado erro técnico ou ocorrência de injustiça explícita na decisão, circunstâncias estas capazes de caracterizar a existência de violação do texto legal ou da intenção do legislador.

Nesse caminho:

REVISÃO CRIMINAL. ACUSADO CONDENADO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA, NA FORMA TENTADA (ART. 121, § 2º, INCISO IV, C/C ART. 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). PRETENDIDA REFORMA DA DOSIMETRIA. PLEITO, TODAVIA, DESACOMPANHADO DE ARGUMENTAÇÃO CONCRETA A AMPARÁ-LO. PEDIDO NÃO CONHECIDO. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA DE ERRO TÉCNICO OU FLAGRANTE INJUSTIÇA A AUTORIZAR A MITIGAÇÃO DA PENA. DESCABIMENTO DO PLEITO REVISIONAL.

“[...] ausente ataque específico aos fundamentos que conduziram o magistrado prolator da decisão que transitou em julgado a sopesar a reprimenda da forma que o fez, inviável conhecer do pedido de revisão”. (Revisão Criminal n. 2013.059303-1, de Blumenau, Rel. Des. Substituto Leopoldo Augusto Brüggemann, j. em 27/11/2013).

A reforma do cálculo de pena em sede de revisão criminal apresenta-se como medida absolutamente excepcional, somente sendo cabível “quando comprovado o erro técnico ou a ocorrência de injustiça explícita do julgado,

circunstâncias que caracterizam a violação do texto e/ou a vontade da lei”. (Revisão Criminal n. 2012.039402-1, de Caçador, Rel. Des. Torres Marques, j. em 29/08/2012) (Revisão Criminal n. 2011.052150-8, de Chapecó, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 26/03/2014 – grifou-se).

Pois bem.

Assim determina o art. 59 do Código Penal:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

[...] (grifou-se)

É sabido que o magistrado sentenciante, ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, não está adstrito a aplicação de balizas fixas ou de critérios puramente matemáticos para a fixação da pena inicial. O importante é que o togado, conduzido pelo bom-senso, avalie a situação concreta do caso em apreço, adote o *quantum* de aumento que entender suficiente à reprovação e à prevenção do delito (sempre, é claro, partindo da pena-base prevista para o tipo, sem ultrapassar a máximo abstratamente expresso pelo legislador) e motive sua decisão.

A respeito, bem elucida Guilherme de Souza Nucci:

Crítérios para a fixação da pena-base: a individualização da pena, preceito constitucional (art. 5.º, XLVI, CF), será concretizada por meio da aplicação da pena, na sentença condenatória. Para tanto, o juiz deve partir da

pena-base, construindo um montante, que pode variar entre o mínimo e o máximo, em abstrato, estabelecido pelo legislador para cada tipo penal incriminador. A eleição desse *quantum* obedece às regras previstas pelo art. 59 do Código Penal, onde se encontram as circunstâncias judiciais, compostas por oito fatores, divididos da seguinte forma: a culpabilidade, que representa o conjunto dos demais, acrescida dos antecedentes, da conduta social, da personalidade, dos motivos, das circunstâncias, das consequências do crime e do comportamento da vítima. Portanto, quando os sete elementos inseridos no quadro da culpabilidade forem favoráveis haverá mínima censurabilidade; se desfavoráveis, ocorrerá máxima censurabilidade. Mensurar a pena-base, de maneira particularizada a cada acusado, é a meta fundamental do magistrado, na sentença condenatória. *Esse mecanismo deve erguer-se em bases sólidas e lógicas, buscando a harmonia do sistema, mas sem implicar em singelos cálculos matemáticos. Não se trata de mera soma de pontos ou frações como se cada elemento fosse rígido e inflexível.*

[...]

O magistrado deve utilizar seu bom-senso, sua prudência e sua avaliação crítica para aplicar a pena-base, leia-se, a pena justa no caso concreto. Os mecanismos do art. 59 do Código Penal permitem o confronto e a compensação, mas tal mecanismo não se deve empreender matemática e mecanicamente.

[...]

A individualização da pena é um processo discricionário, juridicamente vinculado aos motivos enumerados pelo julgador.

[...]

O mais importante é a motivação, baseada nas provas dos autos, formando um conjunto seguro e evitando-se a aplicação de qualquer tipo de pena padronizada, sem lastro constitucional (Código Penal Comentado. 11. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 435-438 – grifou-se).

No caso presente, ao calcular a pena-base, a magistrada sentenciante elevou a reprimenda do sentenciado em 1 (um) ano de reclusão, assim justificando sua decisão:

Atendendo as diretrizes do art. 59 do Código Penal, verifico que a culpabilidade, aqui entendida como a intensidade da reprovabilidade moral de sua conduta, aferida por meio do grau de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, ressoa em grau elevado, pois sendo o réu policial, dele legitimamente se esperava o dever de manutenção da ordem pública e respeito à regularidade da administração da justiça. Contudo, esta particular circunstância encontra-se abarcada na qualificadora, motivo pelo qual, apesar do registro, a reprimenda não será exasperada por este fato neste momento. O acusado não apresenta maus antecedentes. São poucos os elementos acerca da conduta social apurados na instrução processual. Não é possível aferir sua inserção no contexto familiar ou mesmo de que modo se dá o seu relacionamento com vizinhos ou na comunidade. Todavia, no trabalho, os colegas de farda não atribuíram nenhum fato desabonador sobre sua conduta. É policial militar há 22 anos, não havendo registro de transgressões pretéritas. O acusado afirma que mora com a sua mulher e uma filha pequena, de 8 meses de idade, sendo que possui mais quatro filhos do primeiro casamento. Não se sabe se é bom pai ou dedicado esposo, mas também não há notícias de agressões ou incômodos sofridos pela prole. Parou de estudar cedo, não concluindo sequer o 1º grau integralmente. *Sua personalidade, até mesmo pelo papel que desempenha na sociedade, mostra-se como regra inclinada à responsabilidade nos afazeres. De uma maneira geral, o delito perpetrado parece ter sido um fato isolado em sua vida, mas neste momento demonstrou inegável menosprezo e desprestígio da ordem constituída.* A motivação da prática delitiva foi a obtenção de vantagem indevida. *As circunstâncias em que o delito foi praticado influenciam na aplicação da pena, tendo em vista que o crime foi praticado em concurso de agentes. As conseqüências extrapolam àquelas normais ao tipo, eis que também acarretam descrédito da atividade policial frente à comunidade.* O comportamento da vítima não influenciou na prática do delito. Muito embora a estrutura penitenciária do Estado esteja sabidamente corroída e precária, este fator, no caso em apreço, não foi decisivo à prática do delito, eis que havia um plano de facilitação de fuga previamente articulado.

Assim, presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 02 anos de reclusão (fls. 853-854 – grifou-se).

Como se vê, a togada justificou suficientemente o aumento da pena no patamar de 1 (um) ano, diante da presença de 3 (três) circunstâncias negativas – personalidade, circunstâncias do delito e consequências –, de modo que não há falar em agravamento desproporcional da reprimenda.

Por outro viés, as circunstâncias sopesadas pela togada (personalidade, circunstâncias do delito e as suas consequências), devem ser mantidas, com exceção da personalidade, pois devidamente fundamentadas, não se revelando elas inerentes ao tipo penal imputado, como quis fazer crer o requerente. Conclusão que se extrai pela simples leitura dos argumentos constantes na sentença, acima colacionados.

Ademais, o concurso de agentes (única circunstância especificamente atacada pelo requerente) revela-se motivo idôneo para agravar a pena-base, uma vez que não há qualquer incompatibilidade com o tipo penal, como sustenta o postulante – o crime imputado (art. 351, § 3º, do CP) não é de autoria coletiva, mas, sim, “unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito)” (NUCCI, 2012, op. cit., p. 1269), e no caso do requerente foi realizado em comunhão de esforços e união de desígnios com terceiro.

Já quanto à personalidade desvirtuada do agente, ainda que não haja pedido específico do requerente neste ponto – embora divirja este relator, por entender que em se tratando de revisão criminal, ou seja, de decisão já sob os efeitos da coisa julgada, a análise desta Corte deve ficar adstrita aos pedidos expressamente formulados e fundamentados pelo requerente –, esta Seção Criminal entende por maioria que a referida circunstância deve ser afastada de ofício, uma vez que a argumentação utilizada pela togada para aumentar a pena-base – “inegável menosprezo e desprestígio da ordem constituída” (fl. 853) –, não é idônea para tal fim.

No entendimento predominante desta Seção, a personalidade do agente só pode ser analisada e aferida por meio de estudos técnicos e lau-

dos periciais, ou, ao menos, por elementos extraídos dos autos que possam indicar o seu desvirtuamento, os quais não se vislumbram na hipótese, impedindo, pois, a majoração realizada pela magistrada sentenciante.

Sobre a matéria, Rogério Greco explica:

[...] *o julgador não possui capacidade técnica necessária para a aferição da personalidade técnica do agente, incapaz de ser por ele avaliada sem uma análise detida e apropriada de toda sua vida, a começar pela infância. Somente os profissionais da saúde (psicólogos, psiquiatras, terapeutas etc.), é que, talvez, tenham condições de avaliar essa circunstância judicial. Dessa forma, entendo que o juiz não deve levá-la em consideração no momento da fixação da pena (Curso de Direito Penal: parte geral. vol. 1. 12. ed. rev. ampl. e atual. até 1º de janeiro de 2010. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 539, grifou-se).*

Destaca-se que, mesmo que o sentenciado possua indícios de deturpamento, tal circunstância não pode caracterizar personalidade desvirtuada, diante do entendimento jurisprudencial de que referido predicado só pode ser aferido por meio de laudo técnico ou demais elementos que assim indiquem no processo.

A propósito do tema esta Corte já se pronunciou:

REVISÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO TENTADO. PLEITO ABSOLUTÓRIO OU DE DESCLASSIFICAÇÃO. MERA REPETIÇÃO DE TESES DEFENSIVAS JÁ ANALISADAS EM APELAÇÃO CRIMINAL E OUTRA REVISIONAL. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. PRETENDIDA A REDUÇÃO DA PENA-BASE. ERRO TÉCNICO OU INJUSTIÇA EXPLÍCITA DA DECISÃO. OCORRÊNCIA. AFASTAMENTO DA MOTIVAÇÃO, QUE É INERENTE AO CRIME. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA AFERIÇÃO DE TAL CIRCUNSTÂNCIA. AFASTAMENTO. AUMENTO DA FRA-

ÇÃO RELATIVA À TENTATIVA. ARGUMENTO JÁ ANALISADO EM GRAU DE RECURSO. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM*. DEFERIMENTO PARCIAL (Revisão Criminal n. 2013.005532-8, de Navegantes, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 31/07/2013 – grifou-se).

APELAÇÕES CRIMINAIS. HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL. [...] *PERSONALIDADE. DESAJUSTADA. AUSÊNCIA DE PROVAS TÉCNICAS APTAS A TAL CONCLUSÃO*. “A valoração da circunstância judicial da personalidade pressupõe a síntese das qualidades morais do indivíduo, a ensejar uma análise pormenorizada de toda a vida do agente, de forma que, para que possa ser considerada negativa, torna-se imprescindível a presença de laudo específico” (Apelação Criminal n. 2011.084043-9, de Balneário Camboriú, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara Criminal, j. 19-06-2012) [...] (Apelação Criminal n. 2013.059498-5, de Criciúma, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 27/02/2014 – grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO E OCULTAÇÃO DE CADAVER - INSURGÊNCIA QUANTO À APLICAÇÃO DA PENA - RECONHECIMENTO DE TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS - *AUSÊNCIA DE LAUDO TÉCNICO A COMPROVAR EVENTUAL PERSONALIDADE DESVIRTUADA* - EXCLUSÃO - PENAS ADEQUADAS, NO PONTO - DECISÃO ESTENDIDA AO CORRÉU NÃO APELANTE - CRIME CONTRA A VIDA PRATICADO POR MOTIVO DESPREZÍVEL - CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO, ADEMAIS, ALTAMENTE REPROVÁVEIS - AGENTE QUE, APÓS DESFERIR TIROS CONTRA A VÍTIMA, ABANDONA-A EM LOCAL ERMO, AINDA AGONIZANDO - FALECIMENTO QUE OCORREU SOMENTE UM DIA E MEIO APÓS OS DISPAROS - SOFRIMENTO DESNECESSÁRIO - MANUTENÇÃO. [...]. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.043424-3, de Caçador, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 04/08/2011 - o grifo não é do original).

E, ainda, *mutatis mutandis*:

REVISÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO CONTRÁRIA AO TEXTO DE LEI. ESTUPRO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LEI N. 12.015/09.[...] DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PERSONALIDADE DO AGENTE. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. NÃO CABIMENTO. [...] 2. A fixação da pena-base acima do mínimo legal demanda fundamentação concreta. A personalidade do agente pode ser definida como o retrato psíquico do réu. Sua valoração negativa exige a existência de elementos concretos que esclareçam eventual desvio de personalidade do acusado. Anterior aplicação de medida socioeducativa ao apenado não serve como parâmetro para tanto. Afirmar que a conduta abjeta do réu e a forma de consecução do delito evidenciam exacerbada culpabilidade do agente, sem fazer qualquer menção a respeito dos fatores e motivos que caracterizam a conduta como tal, são insuficientes para justificar o aumento de pena. PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE (Revisão Criminal n. 2013.029211-5, de Chapecó, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 27/11/2013 – grifou-se).

REVISÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO (ART. 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL REFERENTE À PERSONALIDADE DO AGENTE, ALEGADAMENTE VOLTADA À CRIMINALIDADE. RÉU QUE OSTENTA UMA CONDENAÇÃO PENAL TRANSITADA EM JULGADO POR FATOS ANTERIORES AOS APURADOS NA AÇÃO PENAL ALVEJADA. CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA QUANDO DA AVERIGUAÇÃO DE SUA REINCIDÊNCIA (ART. 61, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). MÁ VALORAÇÃO DE SUA PERSONALIDADE QUE SE MOSTRA INIDÔNEA. [...] 1. A reforma do cálculo de pena em sede de revisão criminal apresenta-se como medida absolutamente excepcional, somente sendo cabível “quando comprovado o erro técnico ou a ocorrência de injustiça explícita do julgado, circunstâncias que caracterizam a violação do texto e/ou a vontade da lei”. (Revisão Criminal n. 2012.039402-1, de Caçador, Rel. Des. Torres Marques, j. em 29/08/2012). 2. A argumentação no sentido de que a personalidade do réu é “voltada à criminalidade”, se desprovida de supedâneo concreto, não é idônea para recrudescer a reprimenda na primeira etapa da dosimetria quando a condenação penal pretérita ostentada pelo agente já foi considerada para majorar a sanção quando da análise de sua reincidência. Nesse sentido, a Súmula 241

do Superior Tribunal de Justiça. [...] (Revisão Criminal n. 2011.080943-3, de Blumenau, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 30/10/2013 – grifou-se).

Dessa forma, embora não integre especificamente as razões do pedido formulado pelo requerente, não havendo, no caso dos autos, elementos suficientes para a avaliação da personalidade desvirtuada do agente, referida circunstância judicial negativamente sopesada deve ser afastada, de ofício, por esta Corte.

Fixadas essas premissas, *deve a pena-base ser readequada para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, patamar este que resta definitivo* ante a ausência de agravantes e atenuantes, tal como de causas de aumento ou de diminuição a ser sopesadas.

Ante o exposto, vota-se por conhecer da revisão criminal, indeferir-la e, de ofício e por maioria, reduzir a pena-base em razão do afastamento da circunstância judicial da personalidade desvirtuada, vencido este relator no ponto.

É o voto.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Carlos Alberto Ciovinski

Divergi da douta maioria por entender que não é possível excluir de ofício circunstância judicial, ampliando o objeto da revisão criminal sem a existência de prévio contraditório.

Acresço aos fundamentos já apresentados pelo eminente Des. Leopoldo Brüggemann apenas que a previsão contida no art. 59 do Código Penal dirige-se aos magistrados, inexistindo obrigatoriedade de realização de perícia em todas as ações penais nas quais será prolatada sentença condenatória.

O critério a ser adotado pelo magistrado em situação de tal natureza é de ordem objetiva.

Diante do *modus operandi empregado* pelo agente, é possível depreender o menosprezo e o desprestígio da ordem constituída. A fundamentação apresentada é idônea, pois não é crível que um policial militar proceda dessa forma.

Por tais razões, divergi da douta maioria.

Florianópolis, 06 de junho de 2014.

Carlos Alberto Civinski

DESEMBARGADOR

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.010757-9, de Blumenau

Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato

APELAÇÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO (ARTIGO 157, § 3º, PARTE FINAL, DO CÓDIGO PENAL) E CORRUPÇÃO DE MENORES (ARTIGO 244-B DA LEI 8.069/90). RECURSO DA DEFESA. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. INSUBSISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. VERSÃO ISOLADA DO RÉU/APELANTE, SEM AMPARO PROBATÓRIO. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS ALIADOS AO RECONHECIMENTO PESSOAL REALIZADOS NA DELEGACIA DE POLÍCIA E EM JUÍZO. CONJUNTO PROBATÓRIO SÓLIDO PARA A PROLAÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA OS CRIMES DE HOMICÍDIO E ROUBO QUE NÃO MERECE PROSPERAR. *ANIMUS FURANDI* DO ACUSADO DEVIDAMENTE DEMONSTRADO. VIOLÊNCIA PERPETRADA QUE RESULTOU A MORTE DE UMA DAS VÍTIMAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES IGUALMENTE INCABÍVEL. ALEGAÇÃO DE QUE O ADOLESCENTE JÁ POSSUÍA CONDUTA VOLTADA À PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS. IRRELEVÂNCIA. CRIME CLASSIFICADO COMO FORMAL. DELITO CONFIGURADO. APELO MINISTERIAL PELA CONDENAÇÃO DO RÉU PELO DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ARTIGO 14, *CAPUT*, DA LEI N. 10.826/03). PROCEDÊNCIA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO INAPLICÁVEL NA HIPÓTESE. PORTE ILEGAL DO ARTEFATO BÉLICO EXERCIDO ANTERIORMENTE À PRÁTICA DO DELITO PATRIMONIAL. AUSÊNCIA DE NEXO DE DEPENDÊNCIA ENTRE AS CONDUTAS ILÍCITAS. SENTENÇA REFORMADA NESTE PONTO.

INSURGÊNCIA DA ACUSAÇÃO E DA DEFESA COM RELAÇÃO À REPRIMENDA (UM PRETENDE A MAJORAÇÃO E OUTRO A MINORAÇÃO). PRIMEIRA FASE. AUMENTO POR CONTA DA CONDUTA SOCIAL E DA PERSONALIDADE AFASTADO. PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS PELO ACUSADO, QUANDO ADOLESCENTE, QUE NÃO SÃO ELEMENTOS APTOS A ENSEJAR O AUMENTO DAS PENAS-BASE. POR OUTRO LADO, RECONHECIMENTO NEGATIVO DA CULPABILIDADE. CONDUTA DO RÉU QUE EXTRAPOLOU AQUELA PREVISTA AO TIPO PENAL RELATIVO O DELITO DE LATROCÍNIO. MAJORAÇÃO QUE SE IMPÕE. PENA DE MULTA FIXADA DE MANEIRA PROPORCIONAL À PENA CORPÓREA. SEGUNDA FASE. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE. ACUSADO QUE POSSUÍA AO TEMPO DOS FATOS, 18 ANOS DE IDADE. TERCEIRA FASE INALTERADA. MANUTENÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DESCRITA NO ART. 244-B, §2º, DO ECA, NO QUE TANGE A UM DOS DELITOS. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE QUE SE IMPÕE. REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE PREENCHIDOS. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Impossível a absolvição quando os elementos contidos nos autos, corroborados pelas declarações firmes e coerentes das testemunhas, bem como pelo reconhecimento pessoal do acusado realizado tanto na delegacia de polícia, quanto em juízo, formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação.
2. Não cabe a desclassificação para os crimes de homicídio e de roubo quando a instrução revela, de maneira indubitável, que o acusado possuía manifesto *animus furandi* e, com violência, efetivou o disparo de arma de fogo, causando o resultado morte à vítima.
3. Para a configuração do delito previsto pelo art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente - corrupção de menores -, classificado como formal, prescindível a prova da efetiva corrupção do menor, bastando a prova de que o agente o induziu à prática ilícita ou com ele praticou determinada infração penal.
4. O delito de latrocínio não absorve o porte ilegal de arma de fogo, até mesmo porque cometidos com desígnios autônomos, ou seja, houve um dolo distinto para cada delito, de modo que o réu já possuía anteriormente a arma

e, via de consequência, já consumara o delito de porte.

5. Mesmo que tenha o réu/apelante, quando menor, sido submetido a diversas execuções de medidas socioeducativas em decorrência da prática de atos infracionais, não se pode considerar esse histórico elemento suficiente à valoração negativa de sua conduta social ou de sua personalidade.

6. O elevado grau de dolo pode ser utilizado para valorar negativamente a culpabilidade do agente.

7. Mostra-se desarrazoada a liberação de réu que permaneceu toda a instrução segregado, em especial quando ainda presentes os requisitos da custódia preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.010757-9, da comarca de Blumenau (2ª Vara Criminal), em que são apelantes e apelados o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Jean Carlo Lima do Prado:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer de ambos os recursos e dar-lhes provimento parcial, o do réu a fim de excluir a valoração negativa da conduta social e da personalidade da dosimetria penal relativa crimes pelos quais condenado em primeiro grau (art. 157, § 3º, parte final, do CP e art. 244-B do ECA); e o do Ministério Público para valorar negativamente a culpabilidade na dosimetria da pena referente ao crime de latrocínio (art. 157, § 3º, parte final, CP) e, ainda, condenar o réu pela prática do delito descrito no art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03, à pena de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, totalizando a pena final do réu pela prática dos três crimes em 23 (vinte e três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 139 (cento e trinta e nove) dias-multa, nos termos da fundamentação. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Desa. Marli Mosimann Vargas, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Carlos Alberto Civinski.

Funcionou na sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Paulo Roberto Speck.

Florianópolis, 03 de junho de 2014.

Paulo Roberto Sartorato

RELATOR

RELATÓRIO

A representante do Ministério Público, com base no incluso caderno indiciário, ofereceu denúncia contra Jean Carlo Lima do Prado, devidamente qualificado nos autos, dando-o como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal, art. 244-B da Lei n. 8.069/90 e art. 14 da Lei n. 10.826/03, combinados todos com o art. 69 do Código Penal, pelos fatos assim narrados na peça exordial acusatória, *in verbis* (fls. II/V):

Segundo se infere do caderno indiciário, o denunciado Jean Carlo Lima do Prado, visando corromper ou facilitar a corrupção do, então, adolescente, C. R. Z. J., com 17 anos de idade, nascido em 29/05/94, o induziu a praticar, em concurso de pessoas, a subtração, mediante violência e grave ameaça pelo uso de armas de fogo, contra o patrimônio do Supermercado Zoni, localizada na Rua Progresso n. 3707, Bairro Progresso, nesta cidade.

Assim é que, visando colocar em prática a empreitada criminosa, o denunciado, portando uma arma de fogo, que possuía anteriormente sem autorização, pois não tinha registro e tampouco o porte, juntamente com o seu comparsa, no dia 7 de abril de 2012 (véspera do domingo de Páscoa), por volta das 20h30min, dirigiram-se até o local.

Lá chegando, o denunciado e o seu assecla, empunhando armas de fogo, ingressaram no interior do mercado, e, enquanto o inimputável tratou de fazer a cobertura necessária, o denunciado se incumbiu de desarmar o vigia do estabelecimento, retirando dele o revólver .38, e portando, agora, duas armas

de fogo, a que trazia consigo e a que foi retirada do vigilante, o denunciado se dirigiu até um dos caixas, onde, mediante a grave ameaça, pelo emprego das armas de fogo, exigiu que a operadora de caixa, Neusa Alfarth Brito, entregasse todo o dinheiro.

Contudo, diante da demora desta funcionária/vítima em abrir o caixa, o cliente André Luiz Bianchi, que se encontrava no local, ofereceu ao denunciado a entrega de certa quantia em moedas, que ele estava trocando, momento em que o denunciado disse que só queria notas de papel, verbalizando, ainda, a seguinte frase: “*eu vou ter que matar mais um pra conseguir pegar o dinheiro?*”, tendo, em seguida, desferido um tiro de revólver contra André Luiz Bianchi, cujo disparo atingiu a vítima na região cervical, e provocou a sua queda.

Em face dessa violência e da grave ameaça, pelo emprego das armas de fogo, a operadora abriu o caixa, e o denunciado, juntamente com o adolescente, exigiu que o vigilante retirasse todo o dinheiro, em torno de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), e o colocasse dentro de uma mochila.

Além desse valor, o denunciado e o cúmplice, subtraíram, ainda, um telefone celular, marca Nokia, modelo 3120 (IMEI 356.070.037.113.167), também de propriedade do supermercado, e o revólver .38 de propriedade da empresa Orsegups, e, na posse destes bens, empreenderam fuga do local numa motocicleta.

Constata-se, ainda, que, no dia 12 de abril de 2012, a vítima André Luiz Bianchi, que estava internada no Hospital Santa Catarina, nesta cidade, em razão dos ferimentos causados pelo disparo da arma de fogo, efetuado pelo denunciado, veio a óbito, porquanto a causa da sua morte, nos termos do Exame Pericial Cadavérico de fls. 5/9, foi em decorrência de traumatismo de crânio por ferimento de arma de fogo.

Encerrada a instrução processual, a Magistrada *a quo*, por intermédio da sentença de fls. 251/280, julgou parcialmente procedente a denúncia para, em consequência, absolver o réu Jean Carlo Lima do Prado da infração descrita no art. 14 da Lei n. 10.826/03, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, e condená-lo à pena corporal

de 24 (vinte e quatro) anos, 02 (dois) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal c/c art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.072/90 e art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, em concurso material, nos termos do art. 69 do Código Penal, negando ao apenado o direito de recorrer em liberdade.

Inconformada, a representante do Ministério Público interpôs recurso de apelação (fl. 285), pugnando, em suas razões, pela condenação do réu também nas sanções previstas no artigo 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03, em concurso material com os demais crimes, e pela majoração das reprimendas fixadas aos delitos de latrocínio e corrupção de menores (fls. 303/322).

Igualmente irressignado, o réu interpôs recurso de apelação, por termo nos autos (fl. 286), pugnando, em suas razões, pela absolvição em relação aos crimes pelos quais restou condenado, por não haver nos autos prova hábil a sustentar um decreto condenatório. Subsidiariamente, requereu a desclassificação do delito de latrocínio para os crimes de roubo ou de homicídio culposo, bem como a readequação das reprimendas e a concessão do direito de recorrer em liberdade (fls. 294/302).

Em contrarrazões, a representante do *Parquet* manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso defensivo (fls. 324/340).

Os Assistentes de Acusação, de igual modo, manifestaram-se pelo desprovimento do apelo da defesa (fls. 344/349).

Após, os autos ascenderam a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Paulo Antônio Günther, opinado pelo conhecimento dos recursos, porém pelo desprovimento do recurso defensivo e pelo parcial provimento do recurso ministerial (fls. 356/365).

Diante da ausência de intimação do defensor do acusado para a apresentação das contrarrazões, o julgamento do recurso foi convertido em diligência (fl. 370).

Realizada a intimação do procurador do réu (fl. 378), foram as contrarrazões defensivas apresentadas, manifestando-se pelo desprovemento do recurso ministerial (fls. 379/389).

Remetidos os autos novamente à douta Procuradoria-Geral de Justiça, opinou o Exmo. Dr. Anselmo Agostinho da Silva pela ratificação do parecer acostado às fls. 356/365 (fls. 392/393).

Este é o relatório.

VOTO

Os presentes recursos de apelação voltam-se contra a sentença de primeiro grau que, ao julgar parcialmente procedente a denúncia, absolveu o réu da prática do ilícito descrito no art. 14 da Lei n. 10.826/03 e condenou-o pela prática do delito previsto no art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal c/c art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.072/90 e art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, em concurso material, nos termos do art. 69 do Código Penal

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se dos reclamos e passa-se à análise dos seus objetos.

I - Da absolvição pelo crime de latrocínio.

Pugna o réu/apelante pela absolvição, afirmando não existirem provas suficientes para a sua condenação.

Através de minucioso exame do conjunto probatório constante dos autos, todavia, conclui-se que tal pretensão não merece acolhimento, porquanto devidamente comprovado que o réu/apelante praticou a conduta delituosa tipificada no art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal.

Em análise acurada do conjunto probatório constante dos autos, verifica-se que a prática do delito restou plenamente evidenciada, estando a materialidade e autoria delitiva, sem qualquer dúvida, comprovadas no caderno processual sob análise, especialmente através dos Boletins de Ocorrência (fls. 03/03v. e 71), do Laudo Pericial Cadavérico (fls. 05/09), do Termo de Apreensão (fl. 29), do Auto de Apreensão (fl. 41), dos Termos de Reconhecimento de Pessoa (fls. 73/76 e 110/117), dos Autos de Reconhecimento de Objeto (fls. 48, 53 e 58), do Termo de Reconhecimento e Entrega (fl. 81), do Relatório de Investigação Policial (fls. 82/84), do Auto de Reconhecimento por Fotografia (fls. 92/93), dos Termos de Reconhecimento de Pessoa por Fotografia (fls. 96/97, 122 e 123), e da prova oral colhida no decorrer da instrução processual.

A propósito, apesar de não ter prestado esclarecimentos na fase indiciária, limitando-se a negar a participação no delito (fl. 108), ao ser interrogado em juízo, o acusado Jean Carlo Lima do Prado apresentou a sua versão dos fatos (mídia de fl. 229):

Que não praticou os fatos descritos na denúncia; Que nas imagens da câmera de vídeo do estabelecimento comercial, fica nítido que o autor do delito possui tatuagens no pescoço e na mão; Que o próprio delegado verificou que o indivíduo que cometeu o delito possuía tais tatuagens, diferentemente do interrogando que não possui nenhuma tatuagem (03min29s a 03min48s); [...] Que, no dia dos fatos, estava no estado do Paraná; Que fugiu do CIP (Centro de Internação Provisória) no começo do ano de 2012 (05min49s a 06min11s); [...] Que no dia dos fatos encontrava-se na residência do sogro do seu tio, chamado Alfredo (07min12s a 07min33s); [...] Que conhece o adolescente C., pois ele estava internado com o interrogando no CIP, porém não eram amigos (09min28s a 09min32s); [...].

Do depoimento colacionado, observa-se que, no intento de esquivar-se da imputação penal, o réu/apelante afirma que não cometeu o

delito em questão, uma vez que, no dia dos fatos, estava no estado do Paraná, mais especificamente na residência do sogro do seu tio, de nome Alfredo.

Ainda no desígnio de desviar-se da acusação que lhe é imputada, alega que das imagens da câmera de segurança do estabelecimento comercial vitimado é possível constatar que o masculino responsável pelo latrocínio possui tatuagens no pescoço e nas mãos, o que não lhe corresponde, já que sequer tem tatuagem.

Primeiramente, cumpre salientar que o álibi produzido pelo recorrente não restou comprovado nos autos, porquanto o sogro do seu tio, de nome “Alfredo”, pessoa essa que supostamente abrigou o recorrente no dia dos fatos, sequer foi arrolado como testemunha.

As supostas tatuagens do autor do delito, de igual modo, não estão comprovadas no caderno processual, pois, das imagens acostadas ao CD-rom em anexo à fl. 242 é simplesmente impossível afirmar que um dos responsáveis pelo ilícito possuía tatuagens, tanto no pescoço, quanto na mão.

Aliás, conquanto o recorrente afirme que tais características foram salientadas pelo delegado de polícia responsável pela investigação, não há nos autos qualquer elemento nesse sentido, ônus esse que, em conformidade com o art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal, lhe cabia.

A par disso, não havendo qualquer prova capaz de amparar as afirmativas do réu/apelante, o qual limitou-se a meras alegações, derruída está a sua versão denegatória de autoria.

As palavras das testemunhas e os reconhecimentos fotográficos e pessoais realizados na delegacia de polícia e na fase judicial, por outro norte, não deixam dúvidas de que o acusado foi o autor do latrocínio em questão.

A fim de evidenciar o *modus operandi* perpetrado pelo recorrente e pelo adolescente C., o qual, inclusive, confessou a prática delitiva (fl. 72), ressalta-se o depoimento prestado pela operadora do caixa do estabelecimento comercial denominado “Supermercado Zoni”, Neusa Alfarth Brito (mídia de fl. 229):

Que, no momento do crime, a declarante estava conversando com a operadora de caixa chamada Luiza; Que quando deparou, já haviam duas armas apontadas para a declarante; Que os dois indivíduos estavam apontando a arma para a declarante; Que a declarante ergueu os dois braços e ficou parada; Que o réu pediu para a declarante passar o dinheiro (00:45s a 01min36s); [...] Que a declarante estava contando as moedas da vítima André, enquanto conversava com a outra operadora do caixa (01min45s a 01min56s); Que a declarante tentou abrir o caixa, porém este só abre com o cartão do fiscal; Que para evitar que o fiscal chegasse perto do caixa, a declarante passou uma bala e optou pelo pagamento por cartão de crédito, o que fez a gaveta do caixa não abrir; Que nesse momento o réu perguntou se ele teria que matar mais uma pessoa para poder levar o dinheiro; Que a declarante explicou que a gaveta do caixa somente abriria se passasse um cartão de crédito; Que retornou a tela do computador e optou pelo pagamento em dinheiro, o que fez a gaveta abrir (02min30s a 03min08s); [...] Que no momento em que a declarante não conseguiu abrir a gaveta do caixa, a vítima André ofereceu algumas moedas para o assaltante; Que a vítima estava com as mãos levantadas, abaixou apenas uma e disse: - “pode levar as minhas moedas”; Que o réu falou que não queria moedas e, sim, cédulas de papel, momento em que o indivíduo atirou (03min33s a 03min56s); [...] Que o réu estava apenas com uma arma e o indivíduo de pele mais clara também estava armado, porém mais perto da porta; Que a arma do vigia também estava na mão do outro comparsa (04min34s a 05min); Que subtraíram em torno de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) a R\$ 2.000,00 (dois mil reais), o celular pertencente ao supermercado e a arma de fogo do vigia (06min46s a 07min08s); [...].

De maneira análoga, é o depoimento do vigilante do supermercado, Caio Felipe Pontes (mídia de fl. 229):

Que no momento em que estava voltando do corredor, avistou os indivíduos rendendo os funcionários do estabelecimento e os apontando uma arma de fogo, ocasião em que o declarante ficou sem reação; Que ingressaram no estabelecimento duas pessoas com armas em punho; Que um dos masculinos era menor e o outro maior; Que quem abordou o declarante foi o indivíduo mais baixo; Que o masculino maior já estava com a arma apontando para todo mundo, enquanto o menor pedia silêncio, para conseguirem efetivar o assalto; Que o menor apontou a arma em direção ao declarante e retirou o artefato que estava portando no momento (01min03s a 01min55s); [...] Que por ocasião do assalto o declarante estava ao lado da operadora de caixa Neusa; Que a Neusa se confundiu ao apertar o botão do caixa de “pagamento do cartão”, o que não ocasiona a saída da gaveta; Que diante de tal dificuldade, a vítima André falou para os assaltantes pegarem as moedas, no sentido de acalmá-los; Que no momento em que a gaveta do caixa não abriu o indivíduo atirou (03min05s a 04min15s); [...] Que o masculino simplesmente apontou para a vítima André e atirou (04min31s a 04min34s); [...] Que após o tiro, veio outro indivíduo armado e todos começaram a abrir rapidamente o caixa (05min05s a 05min18s); [...] Que o disparo da arma de fogo foi dado para demonstrar força e poder sobre as pessoas que ali se encontravam; Que em conversa com o gerente do supermercado, soube que foram subtraídos aproximadamente R\$1.000,00 (mil reais); Que também foi subtraída a arma de fogo que o declarante portava; Que o aparelho telefônico celular do supermercado possivelmente fora subtraído (07min19s a 07min59s); [...] Que a divergência de reconhecimento não atinge o indivíduo que atirou (09min32s a 09min35s); [...] Que realizou o reconhecimento do segundo indivíduo apreendido na delegacia de polícia; Que pelas características físicas e estatura; Que o declarante já fez um curso básico de reconhecimento pela face e reconheceu a pessoa que atirou na delegacia (10min22s a 11min); [...] Que na delegacia reconheceu com absoluta certeza o indivíduo que atirou na vítima André; Que também pode identificar o indivíduo neste momento (14min12s a 15min); [...].

A testemunha ocular dos fatos, Jhenifer Roos de Lara, também fora incisiva ao afirmar que era o réu Jean, o qual reconheceu na delegacia como sendo o autor do delito, quem estava com a arma em punho no dia dos fatos (00:58s as 01min06s - mídia de fl. 229).

Além dos depoimentos testemunhais acima transcritos, infere-se que a prática ilícita também restou demonstrada através das imagens das câmeras de segurança do supermercado vitimado (fl. 242).

Da mesma forma, o reconhecimento pessoal e fotográfico do recorrente Jean Carlo Lima do Prado como sendo o autor do crime de latrocínio, realizado na delegacia de polícia (fls. 110/117 e 122) e ratificado em juízo (fl. 216), também é forte elemento de convicção a embasar o decreto condenatório.

Nesse contexto, insta frisar que “*nos crimes contra o patrimônio a palavra da vítima, apontando o réu como autor, corroborada por indícios, circunstâncias e, em especial, pelo reconhecimento efetuado tanto na delegacia de polícia, como em juízo, constitui importante elemento de convicção, principalmente se o acusado nada argui de má-fé ou inimizade, capaz de justificar a grave imputação de que foi alvo*”. (TJSC - Apelação Criminal n. 2012.032465-3, de Seara, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 11/09/2012).

A jurisprudência deste Tribunal não destoia:

APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO (ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGENTE QUE, OBJETIVANDO SE APROPRIAR DO PATRIMÔNIO ALHEIO, DESFERE QUATRO TIROS CONTRA UMA DAS VÍTIMAS, DOS QUAIS TRÊS A ATINGIRAM, CAUSANDO-LHE A MORTE. MATERIALIDADE INCONTESTE. AUTORIA EVIDENCIADA PELOS RELATOS FIRMES E COERENTES DAS OUTRAS VÍTIMAS E PELOS DEPOIMENTOS DO POLICIAL CIVIL QUE PARTICIPOU DAS INVESTIGAÇÕES QUE RESULTARAM NA PRISÃO DO APELANTE, ALIADOS AO RECONHECIMENTO PESSOAL DO APELANTE PELA VÍTIMA EM AMBAS AS FASES PROCESSUAIS. CONTEXTO PROBATÓRIO

QUE EVIDENCIA O COMETIMENTO DO CRIME PATRIMONIAL. ÁLIBI, ADEMAIS, NÃO COMPROVADO. ÔNUS QUE COMPETIA À DEFESA. INTELIGÊNCIA DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] (Apelação Criminal n. 2013.006467-1, de Criciúma, Rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. em 03/09/2013).

APELAÇÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. ÁLIBI QUE RESTOU INCONSISTENTE ANTE O RECONHECIMENTO DO ACUSADO PELAS VÍTIMAS, CORROBORADO PELAS DEMAIS PROVAS CARREADAS NO FEITO. ABSOLVIÇÃO IMPOSSÍVEL. [...] (Apelação Criminal n. 2012.088180-9, de Camboriú, Rel. Des. Substituto Newton Varella Júnior, j. em 06/06/2013).

Frisa-se que a alegação da defesa de que “*o acusado foi trazido por equívoco antes do reconhecimento, onde foi visto pelas testemunhas no corredor de acesso a sala de Audiência*” (fl. 297), o que demandaria certa cautela na valoração da prova, além de nada influenciar na condenação em tela, já foi devidamente rebatida pela Magistrada *a quo*, que deixou consignado no Termo de Audiência em anexo à fl. 216 que “[...] *antes do ingresso do acusado juntamente com as pessoas voluntárias à sala de reconhecimento, o acusado vestiu uma outra camiseta, diversa daquela que veio do presídio, por conta de que antes de dar início a audiência de inquirição das testemunhas, por equívoco, o agente policial acabou apresentando no corredor o acusado, sendo que uma das vítimas chegou a visualizá-lo naquela ocasião e por cautela, foi providenciado uma outra camiseta ao acusado de forma tal não destoasse das pessoas que se dispuseram como voluntárias no momento da solenidade de reconhecimento*”.

O equívoco ocorrido no reconhecimento realizado na delegacia de polícia, por sua vez, somente ocorrera em face do menor infrator, sendo incontestado, em todos os termos, que as testemunhas apontaram o réu/apelante Jean Carlo de Lima Prado como autor do disparo que vitimou André.

Não bastasse as provas amealhadas, mister destacar que segundo as informações prestadas por Arildo Espíndola, agente sócio-educativo do CASEP da Comarca de Blumenau, o réu/apelante estava internado justamente no período em que o adolescente C. lá se encontrava (00:27s a 00:33s); que, inclusive, o menor infrator confirmou ter praticado o latrocínio juntamente com o réu Jean, dando detalhes da prática delituosa (03min03s a 03min21s - mídia de fl. 229).

O policial civil Leonardo Libardo também certificou que o réu permaneceu internado juntamente com o adolescente C., sendo ambos amigos e parceiros de crime. Ademais, afirmou que, em uma conversa informal, o adolescente C. confessou que praticou o delito em conjunto com o réu Jean (09min54s a 09min58s - mídia de fl. 229).

À vista de tantas provas, não há dúvidas de que o réu/apelante, em comunhão de esforços com C., foi o responsável pela prática do delito de latrocínio, tendo em vista que, com intuito de subtrair coisa alheia móvel, violentou fisicamente uma das vítimas ocasionando a sua morte.

Tal prática, portanto, configura o delito de latrocínio, não havendo falar em absolvição por ausência de provas, bem como em desclassificação para os crimes de homicídio ou roubo.

Salienta-se que, diferentemente do dolo previsto no delito descrito no *caput* do art. 121 do Código Penal (homicídio simples), e logicamente da culpa do art. 121, § 3º, do mesmo diploma (homicídio culposo), a figura estampada no art. 157, § 3º, da Lei Penal (latrocínio), busca tutelar o patrimônio e a integridade física, exigindo para a sua caracterização que a conduta do agente seja dirigida à subtração de coisa alheia móvel (*animus furandi*), qualificando-se o resultado da ação caso dela resulte morte - é o caso em questão.

O delito de roubo simples (art. 157, *caput*, do Código Penal), por sua vez, busca punir somente aqueles que, mediante grave ameaça ou

violência a pessoa, subtraem coisa alheia móvel, sem que o ato resulte em morte, situação que em nada se assemelha ao delito em análise, porquanto incontroverso que a violência perpetrada pelo acusado, no momento da subtração, causou a morte da vítima André Luiz Bianchi.

Por tais razões, como dito, mostra-se impossível o acolhimento do pleito de desclassificação do delito de latrocínio para os crimes de homicídio culposo ou de roubo, mantendo-se inarredável a sentença condenatória.

II - *Do crime de corrupção de menores (art. 244-B do ECA)*

O réu/apelante pleiteia a absolvição do delito tipificado no art. 244-B da Lei n. 8.069/90, argumentando, para tanto, que o adolescente envolvido no delito já possuía conduta voltada à prática de atos infracionais, já estando corrompido antes mesmo da realização do delito de latrocínio.

Saliente-se, primeiramente, que o delito em questão “*é mais um dos mecanismos criados para a proteção da criança e do adolescente, pessoas que se encontram em estágio especial de desenvolvimento e devem ter seus interesses e bem estar defendidos inexoravelmente pela esfera judiciária*” (TJSC - Apelação Criminal n. 2011.096734-0, de Canoinhas, Rel. Des. Alexandre d’Ivanenko, j. em 25/04/2012).

A propósito, dispõe mencionada norma:

Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci, ao analisar o núcleo do tipo, leciona:

Corromper (perverter, estragar) ou facilitar a corrupção (tornar mais fácil tal perversão) são os verbos do tipo misto alternativo, cujo objeto é o menor de 18 anos. O meio utilizado pelo agente, para atingir a corrupção da criança ou adolescente, desagregando sua personalidade, ainda em formação, é a sua inserção no mundo do crime, por dois modos: a) a prática conjunta (agente + vítima) de infração penal (crime ou contravenção penal); b) a indução (dar a ideia) à prática da infração penal, atuando a vítima por sua conta. [...] (In Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 277).

Este Relator, na esteira da jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, tem entendido que, para a configuração de mencionado delito, classificado como formal, prescindível a prova da efetiva corrupção do menor, bastando a comprovação de que o agente o induziu à prática ilícita ou com ele praticou determinada infração penal.

Assim, considera-se dispensável para a sua configuração a prova da inocência anterior do adolescente, bastando apenas a confirmação da coautoria entre o agente e o menor de idade na prática de delitos, não necessitando a demonstração da efetiva corrupção.

No caso em tela, há prova suficiente a demonstrar a participação do menor de idade C. R. Z. J. na empreitada criminoso, pois, além das testemunhas o identificarem como sendo um dos autores do crime, o próprio adolescente, como visto alhures, admitiu ter praticado o delito de latrocínio juntamente com o acusado Jean Carlo Lima do Prado (fl. 72).

A mera participação do adolescente no crime, repita-se, basta para a configuração do delito de corrupção de menores (art. 244 do ECA), pelo que não há falar em impropriedade absoluta do objeto, porquanto comprovado que o adolescente efetivamente foi útil ao acusado na prática do delito.

Portanto, haja vista a incontroversa participação de adolescente na empreitada criminoso, acurada a condenação do réu/apelante pela prática do delito tipificado no art. 244-B do Estatuto de Criança e do Adolescente.

III - *Da condenação pelo delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.*

A representante ministerial, por meio de suas razões recursais, pugna pelo afastamento do princípio da consunção aplicado na sentença, e, conseqüentemente, pela condenação do réu também pelo delito descrito no art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03.

De fato, da análise detida dos autos, tem-se que a Togada sentenciante operou em equívoco ao absorver o delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido pelo crime de latrocínio.

Sabe-se que, “*constituindo o porte de arma de fogo meio necessário para a prática do delito posterior e, depois deste, transfigurando-se em mero desdobramento, estando inserto no mesmo contexto fático e temporal, a conclusão inequívoca é a de que deve ser aplicado o princípio da consunção, restando afastada a condenação*” (TJSC - Apelação Criminal n. 2008.043563-0, de Correia Pinto, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 26/08/2008).

In casu, todavia, verifica-se que o acusado praticou duas condutas autônomas, de maneira que o tipo penal referente ao porte ilegal de arma de fogo consumou-se anteriormente à conduta do crime mais grave, qual seja, o latrocínio.

Conforme denota-se do contexto probatório, ao ingressar no Supermercado Zoni (local em que fora perpetrado o roubo seguido de morte), o réu/apelante já portava uma arma de fogo, a qual havia sido adquirida em momento precedente ao delito patrimonial.

Em que pese o acusado nada alegar a respeito, já que negou a prática dos delitos que lhe foram imputados, tem-se que o depoimento do agente sócio-educativo do CASEP da Comarca de Blumenau, Arildo Espíndola, é elucidativo no sentido de que o réu Jean já havia perpetrado, juntamente com o adolescente C., outros assaltos na cidade de Blumenau e na praia de Penha, o que gerou a aplicação de medidas socioeducativas e, conforme bem salientado pelo *Parquet* e pela Procuradoria-Geral de Justiça, demonstra que o porte de arma de fogo já vinha sendo exercido há um certo tempo pelo acusado.

Tais afirmações, portanto, evidenciam que o porte de arma de fogo e o delito de latrocínio consumaram-se em situações diversas, o que autoriza a condenação pelos dois delitos em concurso material.

Em casos análogos, colhe-se da jurisprudência deste Sodalício:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO TENTADO. CONDENAÇÃO. RECURSOS DEFENSIVOS. [...] INSURGÊNCIA DA ACUSADA ZOÊ. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ABSORÇÃO DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA PELO CRIME DE LATROCÍNIO TENTADO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. CONDUTAS PERTENCENTES A CONTEXTOS FÁTICOS DISTINTOS. ACUSADA QUE PORTAVA O ARTEFATO EM CONTEXTO DIVERSO DO DELITO CONTRA O PATRIMÔNIO. DELITOS AUTÔNOMOS CARACTERIZADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA.

Se o porte ilegal anterior ocorreu no mesmo contexto, ou seja, dentro da mesma linha de desdobramento causal, aplica-se o princípio da consunção, respondendo o agente apenas pelo emprego. Se os momentos consumativos se deram em situações bastante diversas, em contextos bem destacados, haverá concurso material de crimes (CAPEZ, Fernando. Estatuto do Desarmamento. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 99). (Apelação Criminal n. 2012.079064-9, de Forquilha, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 04/04/2013).

APELAÇÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO (ARTIGO 157, § 3º, SEGUNDA PARTE, DO CP). PORTE ILEGAL DE ARMA COM NUMERAÇÃO RASPADA (ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/03). RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. [...] PRETENSÃO SUBSIDIÁRIA PARA ABSORÇÃO DO CRIME DE PORTE ILEGAL DA ARMA DE FOGO UTILIZADA NO CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. DELITO DE CARÁTER PERMANENTE. EXISTÊNCIA DE PROVAS DE QUE PORTAVA A ARMA ANTERIORMENTE À PRÁTICA DO LATROCÍNIO. AÇÃO QUE NÃO CONSTITUIU CRIME MEIO. DELITOS AUTÔNOMOS. INCIDÊNCIA DO CONCURSO MATERIAL. DECRETO CONDENATÓRIO MANTIDO. [...] (Apelação Criminal n. 2010.043045-5, de São Miguel do Oeste, Rel. Des. Substituto Newton Varella Júnior, j. em 19/07/2011).

Nessa linha de raciocínio, em via diversa da ostentada pela Magistrada sentenciante, entendo como inaplicável o princípio da consunção, razão pela qual reforma-se parcialmente a sentença colacionada às fls. 251/280 e, via de consequência, condena-se o réu Jean Carlo Lima Pedro também pela prática do delito descrito no art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03.

Dito isso, passa-se, então, à aplicação da respectiva pena.

Na primeira fase da dosimetria, em análise às circunstâncias judiciais explicitadas no art. 59 do Código Penal, observa-se que a culpabilidade, ou seja, a reprovabilidade da conduta deflagrada pelo agente, é normal. O acusado não registra antecedentes criminais. Não há indícios concretos de má conduta social, pois os diversos procedimentos, imputados ao réu na época em que era adolescente, não servem para qualquer fim de agravamento. A averiguação da personalidade do agente está prejudicada, em razão da falta de elementos a possibilitarem tal análise. Os motivos e consequências são características do delito. Não deve haver má valoração das circunstâncias delitivas. Não há como falar em comportamento da vítima.

Verificadas individualmente as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, assento a pena-base em seu mínimo legal, ou seja, 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda etapa do procedimento dosimétrico, ausentes agravantes a serem consideradas, há de se reconhecer a atenuante da menoridade (art. 65, I, CP), pois ao tempo do crime o acusado era menor de 21 (vinte e um) anos, conforme se constata na qualificação em anexo às fls. 108 e 225.

Cumprе ressaltar, todavia, que, por não integrar o tipo penal, a referida atenuante não tem o condão de ensejar a redução da pena abaixo do mínimo legal (enunciado sumular 231 do Superior Tribunal de Justiça), razão pela qual mantém-se inalterada a reprimenda.

Na terceira e última fase, inexistindo causas especiais de aumento ou de diminuição da pena, conduz-se à fixação da pena definitiva do acusado em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, cada qual no seu valor mínimo legal.

O somatório da reprimenda ora fixada com a pena de latrocínio, nos termos do art. 69 do Código Penal, somente será realizado no tópico posterior, ante a impugnação da defesa e da acusação quanto ao cálculo dosimétrico dos demais crimes.

IV - Da readequação das reprimendas e do direito de recorrer em liberdade.

Pleiteia a representante ministerial a majoração das penas-base fixadas aos delitos de latrocínio e corrupção de menores, enquanto a defesa requer a fixação das reprimendas no mínimo legal.

Em análise à dosimetria efetuada em primeiro grau, vê-se que, de fato, a sentença merece ligeira reforma.

Da leitura do *decisum* impugnado, infere-se que, na primeira fase, ao averiguar a existência de circunstâncias judiciais favoráveis ou desfavoráveis aos delitos descritos nos artigos 157, § 3º, parte final, do Código Penal e 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Togada *a quo* valorou negativamente a conduta social e a personalidade do agente, sob a seguinte justificativa (fls. 276 e 278): “*conduta social e personalidade, distorcidas, voltadas para o crime*”.

Tal fundamento, no entanto, é incapaz de majorar negativamente os delitos supracitados, pois, apesar de ser cabível a valoração negativa da conduta social quando o agente mostra-se um praticante habitual de delitos, verifica-se que ao ora acusado somente são imputadas práticas de atos infracionais, o que é inábil a ensejar o aumento das penas-base.

A reprovabilidade inerente ao ato infracional é, pela própria natureza deste, inferior àquela atribuída aos crimes, pois se considera que a culpabilidade do adolescente, dada a sua peculiar condição de ser em desenvolvimento, não é plena.

Assim, mesmo que tenha o réu/apelante, quando menor, sido submetido à diversas execuções de medidas socioeducativas em decorrência da prática de atos infracionais (fls. 133/137), não se pode considerar esse histórico elemento suficiente à valoração negativa de sua conduta social.

A jurisprudência deste Tribunal, a propósito, é firme nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES (ART. 157, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. [...] *REDUÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL. CABIMENTO. CONDOTA SOCIAL EQUIVOCADAMENTE VALORADA DE FORMA NEGATIVA. ATOS INFRACIONAIS QUE NÃO SÃO CAPAZES DE ENSEJAR AU-*

MENTO DA PENA-BASE. ORIENTAÇÃO DA SÚMULA 444 DO STJ. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. [...] (Apelação Criminal n. 2013.050908-9, de Itapema, Rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. em 26/11/2013). (Grifou-se).

[...] DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EQUIVOCADAMENTE REPUTADAS NEGATIVAS. ATOS INFRA-CIONAIS QUE NÃO SERVEM PARA VALORAR NEGATIVAMENTE A CONDUTA SOCIAL DO AGENTE. [...] RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Criminal n. 2011.007026-9, de Palhoça, Rel. Des. Substituto Newton Varela Júnior, j. em 23/08/2011).

De igual modo, tem-se que, apesar de ser inconstante a violência e a frieza perpetradas pelo acusado na prática do delito de latrocínio, inexistem nos autos maiores provas de que sua índole seja deturpada, pelo que a valoração negativa da personalidade também deve ser afastada.

Por tais razões, afasta-se as valorações negativas da conduta social e da personalidade em relação a ambos os crimes (latrocínio e corrupção de menor).

Em outro viés, esclarece-se que, a despeito do alegado pelo *Parquet*, não foram reputados negativamente os antecedentes criminais na sentença condenatória. Embora a Magistrada *a quo* tenha dito que o réu “[...] registra antecedentes (fls. 132/137), eis que tramitaram vários procedimentos para apuração de atos infracionais quando o réu ainda era menor de 18 anos”, verifica-se que na fundamentação externada às fls. 276 e 278 fora explicitado que somente foram valoradas a conduta social e a personalidade do agente.

De qualquer modo, sabe-se que os atos infracionais não servem como parâmetro para agravar a reprimenda, já que as medidas socioeducativas não se revestem de natureza penal.

Em conformidade com o pleito ministerial, todavia, mister reconhecer, tão somente ao delito de latrocínio, a incidência da culpabilidade - entendida como o grau de reprovabilidade da conduta.

Dos autos em tela, infere-se que a violência prevista para o tipo penal descrito no art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal fora exacerbada, pois, além de ceifar a vida da vítima André Luiz Biachi, sem qualquer motivo aparente ou que este demonstrasse algum tipo de reação, das imagens da câmera de segurança do estabelecimento comercial (fl. 242), vê-se que o acusado demonstrou total desapego à vida humana ao passar por cima do corpo da vítima, que encontrava-se estirado no chão.

Dito isso, tem-se que a reprovabilidade que legitima o aumento da pena-base com fundamento na culpabilidade extrapolou nitidamente aquela já exigida para a configuração do delito de latrocínio, o que enseja a majoração em 1/6 (um sexto) - fracionário usualmente utilizado por esta Corte - e, conseqüentemente, a fixação da pena-base no patamar de 23 (vinte e três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

A pena de multa, por sua vez, para que guarde proporcionalidade à pena privativa de liberdade, deve ser estabelecida, nesta primeira fase, em 126 (cento e vinte e seis) dias-multa, porquanto, deve-se atentar para o fato de que a diferença entre o mínimo e o máximo *in abstracto* da pena corpórea do tipo penal em questão é de 10 (dez) anos, ou seja, 120 (cento e vinte) meses, ao passo que o espaçamento entre mínimo e máximo da pena de multa, segundo o art. 49 do CP, é de 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa. Logo, para que haja proporcionalidade entre pena corpórea e multa, para cada mês acrescido ao mínimo legal da pena privativa de liberdade, deve haver o aumento de 2,91 dias-multa ao patamar mínimo da pena pecuniária (Apelação Criminal n. 2007.011220-3, de Lages, j. em 15/05/2007; Apelação Criminal n. 2012.023162-6, de Lages, da lavra deste Relator, j. em 10/07/2012).

A par disso, excluindo-se as circunstâncias judiciais consistentes na conduta social e na personalidade, e reconhecendo negativamente a culpabilidade tão somente ao delito delineado no art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal, fixa-se a reprimenda do delito de corrupção de menores em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, e a pena do crime de latrocínio em 23 (vinte e três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 116 (cento e dezesseis) dias-multa.

Na segunda etapa, ausente a incidência de circunstâncias agravantes, fora reconhecida a atenuante da menoridade relativa, já que o acusado apresentava, ao tempo dos fatos, idade inferior a 21 (vinte e um) anos (fls. 108 e 225).

Assim, considerando-se as alterações promovidas na primeira fase, mantém-se inalterada a reprimenda fixada ao delito delineado no art. 244-B do ECA, uma vez que “*a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal*”, minorando-se, por outro lado, a pena corpórea firmada ao delito de latrocínio ao mínimo legal (20 anos de reclusão).

A pena de multa, submetida ao critério bifásico - isto é, agravantes e atenuantes não incidem sobre a sanção pecuniária, -, permanece inalterada.

Na terceira e última fase, a reprimenda do delito de latrocínio permaneceu incólume, ante a inexistência de causas de aumento e de diminuição de pena.

Quanto ao delito de corrupção de menores, existindo a causa de aumento prevista no § 2º do art. 244-B da Lei n. 8.069/90, por ter o acusado induzido o adolescente a com ele praticar crime incluído no rol dos hediondos, mais especificamente no art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.072/90 (latrocínio), majorou-se a reprimenda em 1/3 (um terço), fracionário esse descrito no tipo supracitado.

A par disso, mantendo-se o referido aumento nesse grau de jurisdição, fixa-se a reprimenda do réu/apelante, no que tange ao delito descrito no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Nesse contexto, conduz-se a fixação das penas definitivas do acusado em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa pela prática do delito de corrupção de menores (art. 244-B da Lei n. 8.069/90), e em 20 (vinte) anos de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa pelas sanções do crime de latrocínio (art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal).

No mais, considerando-se a manutenção da condenação perfectibilizada pelo *decisum* de origem, e a reprimenda imposta neste grau de jurisdição, que condenou o réu pela prática do delito descrito no art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03, impõe-se a aplicação do art. 69 do Código Penal.

Desse modo, somando-se as reprimendas aplicadas ao réu Jean Carlo Lima do Prado, fixa-se a sua pena definitiva em 23 (vinte e três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 139 (cento e trinta e nove) dias-multa, a ser cumprida nos termos em que fixada pela Magistrada *a quo*.

Impossível, ainda, a concessão do direito de recorrer em liberdade.

Isso porque, confirmada a condenação nesta decisão e permanecendo o réu segregado durante todo o curso do processo, a negativa de liberdade é medida que se impõe, mormente porque se encontram presentes os requisitos da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, porquanto devidamente provadas a materialidade e autoria dos delitos, mostrando-se tal providência necessária para garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal.

Para corroborar, cita-se entendimento jurisprudencial deste Sodalício:

[...] - Não merece o reconhecimento do direito de recorrer em liberdade ao acusado, condenado, que permaneceu preso durante toda a instrução processual, sendo esta posição majoritária no Superior Tribunal de Justiça. (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.083963-5, de Rio do Sul, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 05/03/2013).

Assim, deve ser mantida a segregação do réu/apelante.

Por essas razões, vota-se no sentido de conhecer de ambos os recursos e dar-lhes provimento parcial, o do réu a fim de excluir a valoração negativa da conduta social e da personalidade da dosimetria penal relativa crimes pelos quais condenado em primeiro grau (art. 157, § 3º parte final, do CP e art. 244-B do ECA); e o do Ministério Público para valorar negativamente a culpabilidade na dosimetria da pena referente ao crime de latrocínio (art. 157, § 3º, parte final, CP) e, ainda, condenar o réu pela prática do delito descrito no art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03, à pena de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, totalizando a pena final do réu pela prática dos três em crimes em 23 (vinte e três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 139 (cento e trinta e nove) dias-multa, nos termos da fundamentação.

Este é o voto.

RECURSO DE AGRAVO

Recurso de Agravo n. 2014.012014-7, de Joinville

Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE NÃO RECONHECEU COMO FALTA GRAVE O FATO DE O APENADO TER SIDO FLAGRADO NA POSSE DE UM *CHIP* DE APARELHO CELULAR, NO INTERIOR DA PENITENCIÁRIA. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL.

ACESSÓRIO QUE EMBORA NÃO ESTEJA PREVISTO EXPRESSAMENTE NO ROL DO INCISO VII DO ART. 50 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS, É INDISPENSÁVEL PARA O FUNCIONAMENTO DE APARELHO DE COMUNICAÇÃO. PRÁTICA DE FALTA GRAVE PLENAMENTE DEMONSTRADA. COMUNICAÇÃO INTERNA SUBSCRITA PELOS AGENTES PENITENCIÁRIOS, OS QUAIS, POR SE TRATAREM DE SERVIDORES PÚBLICOS, GOZAM DE FÉ PÚBLICA. ADEMAIS, ÁLIBI DO REEDUCANDO NÃO COMPROVADO.

1. É inarredável concluir que a posse de *chip*, sendo acessório essencial para o funcionamento do aparelho telefônico, tanto quanto o próprio celular em si, caracteriza falta grave.
2. Com a edição da Lei n.º 11.466, de 29 de março de 2007, passou-se a considerar falta grave tanto a posse de aparelho celular, como a de seus componentes, tendo em vista que a ratio essendi da norma é proibir a comunicação entre os presos ou destes com o meio externo. Entender em sentido contrário, permitindo a entrada fracionada do celular, seria estimular uma burla às medidas disciplinares da Lei de Execução Penal.
3. O cometimento de falta grave implica o reinício do cômputo do interstício necessário ao preenchimento do requisito objetivo para a concessão do benefício da progressão de regime, bem como a perda dos dias remidos. Precedentes do STJ.

4. Recurso provido (Resp n. 1112074, rela. Minis. Laurita Vaz, Órgão Julgador T5 - Quinta Turma, j. 15-10-2009, Dje 9-11-2009).

“O documento subscrito pelo Administrador do estabelecimento penal em que se encontra o apenado, bem como suas próprias palavras relatando a ocorrência dos fatos, gozam de fé pública e são meios hábeis para a comprovação da falta grave” (Recurso de Agravo n. 2012.039384-7, de Canoinhas, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 9-10-2012).

AGRAVADO QUE, POR JÁ ESTAR CUMPRINDO PENA EM REGIME FECHADO, RESTANDO PREJUDICADA A REGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL, DEVE SER SUBMETIDO ÀS SANÇÕES DE PERDA DE 1/3 (UM TERÇO) DOS DIAS REMIDOS, BEM COMO DE FIXAÇÃO DE NOVA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE EVENTUAIS BENEFÍCIOS.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 2014.012014-7, da comarca de Joinville (3ª Vara Criminal), em que é recorrente Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e recorrido Jorcelei da Silva Hesper:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para cassar a decisão de fls. 45-46v, reconhecendo-se a falta grave cometida pelo agravado Jorcelei da Silva Hesper e, conseqüentemente, para decretar em seu desfavor a perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos, mesmo não homologados, até a data da prática da falta grave (12-1-2012), estipulando-se, por fim, esta como nova data-base para a concessão de futuros benefícios. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Sartorato e o Exmo. Sr. Des. Carlos Alberto Civinski.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça participou o Exmo. Sr. Procurador Gercino Gerson Gomes Neto.

Florianópolis, 17 de junho de 2014.

Marli Mosimann Vargas

PRESIDENTE E RELATORA

RELATÓRIO

O Ministério Público interpôs Recurso de Agravo de Execução Penal contra decisão do Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Joinville, que não reconheceu a falta grave cometida pelo agravado Jorcelei da Silva Hesper e, ainda, somou as penas irrogadas ao reeducando e lhe deferiu a progressão de regime prisional, utilizando como data-base a da última prisão, ocorrida em 30-11-2012 (fls.45-46).

O agravante argumenta que, ao contrário do que decidiu o magistrado singular, a falta grave cometida pelo apenado restou plenamente comprovada, devendo, pois, ser reconhecida.

Sustenta, ainda, que a data-base para a concessão de benefícios deve ser alterada para aquela em que ocorreu o trânsito em julgado da última condenação sofrida pelo reeducando, qual seja, dia 30-1-2013 (processo de execução n. 038.13.000481-0) e, desta forma, não teria o réu cumprido o requisito objetivo para a concessão de progressão de regime para o semiaberto.

Requer seja o presente recurso de agravo conhecido e provido, para reconhecer a falta grave praticada pelo agravado, prevista no art. 50, VII, da Lei de Execução Penal, com a conseqüente regressão do regime prisional para o fechado e a perda de 1/3 (um terço) dos eventuais dias remidos em favor dele. Pleiteia, ademais, a reforma da decisão para que seja indeferido o pedido de progressão de regime, alterando-se a data-base para a sua análise.

Em contrarrazões, requereu o agravado a manutenção da decisão recorrida, pelos seus próprios fundamentos (fls. 53-56v).

Mantida a decisão pelo magistrado *a quo* (fl. 62), lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Rogério Antônio da Luz Bertoncini, manifestando-se pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 67-70).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do reclamo e passa-se à análise do seu objeto.

Extrai-se dos autos que o agravado Jorcelei da Silva Hesper foi flagrado, em procedimento de vistoria na saída do parlatório, na posse de 1 (um) “*chip*” de aparelho de telefonia celular móvel, no interior do Presídio Regional de Joinville.

Diante de tal fato, foi instaurado o Incidente Disciplinar n. 31/2012, a fim de apurar o fato ocorrido na data de 12-1-2012 e este, após a regular instrução, concluiu pela ocorrência de falta grave (fls. 33-34).

O Ministério Público, ante tal situação, requereu à 3ª Vara Criminal da comarca de Joinville a instauração de incidente de regressão de regime prisional.

Todavia, o magistrado singular indeferiu o pedido, fundamentando sua decisão na falta de justa causa para iniciar procedimento de regressão, pois “na espécie, o *chip* não se trata de aparelho telefônico, rádio ou similar, sendo impossível a comunicação sem o utilitário respectivo” (fl. 35).

Ocorre que, em sede recursal, o acórdão n. 2012.082573-9, desta relatora, reformou a citada decisão e determinou a instauração de incidente disciplinar para apuração de falta grave (fls. 36-39).

Após a audiência de justificação, onde o apenado foi devidamente ouvido (fl. 40), o magistrado singular acolheu a justificativa dada por aquele e não reconheceu a falta grave prevista no art. 50, VII, da Lei de Execução Penal, de modo que somou as penas irrogadas a ele e, ainda que tenha negado o pedido de progressão de regime, utilizou como data-base para a concessão de futuros benefícios a data da última prisão, ocorrida em 30-11-2012 (fls. 45-46v).

Entretanto, como bem argumentou o representante ministerial, tal decisão não merece prosperar.

Inicialmente, convém esclarecer acerca da possibilidade de o fato de portar um “*chip*” de aparelho celular configurar falta grave.

De acordo com o art. 50 da Lei de Execuções Penais, alterado pela Lei n. 11.4666/2007, comete falta grave o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade que:

- I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
- II - fugir;
- III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
- IV - provocar acidente de trabalho;
- V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
- VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.
- VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo (Incluído pela Lei n. 11.4666/2007) (grifo nosso).

Como se vê, percebe-se que o legislador, ao incluir o inciso VII no rol do art. 50, pretendeu inviabilizar a comunicação entre os apenados

dentro do estabelecimento prisional, bem como com o mundo exterior, evitando-se, assim, que continuassem a propagar a criminalidade mesmo estando encarcerados.

In casu, verificou-se que o apenado/agravado foi surpreendido na posse de um componente de telefone celular (*chip*), o qual, muito embora não esteja previsto expressamente no rol do inciso VII do art. 50 da Lei de Execuções Penais, entende-se ser acessório indispensável para o funcionamento do citado aparelho de comunicação, situação essa geradora de falta grave.

Oportuno mencionar, a respeito do assunto, que a jurisprudência tem se posicionando no sentido favorável, ao considerar ser o “*chip*” parte integrante de um aparelho celular, ou seja, imprescindível para o desenvolvimento das funções atinentes a tal objeto de comunicação e, portanto, sua posse configura-se falta grave. Veja-se:

Do Superior Tribunal de Justiça, extrai-se:

[...] EXECUÇÃO DA PENA. FALTA GRAVE. POSSE DE *CHIP* DE TELEFONE CELULAR. COMPONENTE ESSENCIAL. CONDUTA PRATICADA APÓS O ADVENTO DA LEI 11.466/07. ART. 50, VII, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. INTERRUÇÃO DA CONTAGEM DO PRAZO PARA FINS DE FUTURA PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

É assente nesta Corte Superior o entendimento de que após o advento da Lei n. 11.466/07, a posse de aparelho telefônico, rádio ou similar, ou dos componentes essenciais ao seu efetivo funcionamento, passou a ser considerada falta grave [...] (Habeas Corpus n. 94054 / SP, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 25-9-2012, DJe 8-10-2012).

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. POSSE DE *CHIP* DE APARELHO CELULAR. CONDUTA FOI PRATICADA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI N.º 11.466, DE 29 DE MARÇO DE 2007. PERDA DOS DIAS REMIDOS. ALTERAÇÃO DA DATA-

-BASE PARA PROGRESSÃO DE REGIME. RECURSO PROVIDO.

1. É inarredável concluir que a posse de chip, sendo acessório essencial para o funcionamento do aparelho telefônico, tanto quanto o próprio celular em si, caracteriza falta grave.

2. Com a edição da Lei n.º 11.466, de 29 de março de 2007, passou-se a considerar falta grave tanto a posse de aparelho celular, como a de seus componentes, tendo em vista que a ratio essendi da norma é proibir a comunicação entre os presos ou destes com o meio externo. Entender em sentido contrário, permitindo a entrada fracionada do celular, seria estimular uma burla às medidas disciplinares da Lei de Execução Penal.

3. O cometimento de falta grave implica o reinício do cômputo do interstício necessário ao preenchimento do requisito objetivo para a concessão do benefício da progressão de regime, bem como a perda dos dias remidos. Precedentes do STJ.

4. Recurso provido (Resp n. 1112074, rela. Mina. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 15-10-2009, Dje 9-11-2009, grifo nosso).

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. POSSE DE COMPONENTE DE APARELHO CELULAR (*CHIP*). CONDUTA PRATICADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.466/07. FALTA GRAVE. ARTS. 50, 118, I, E 127 DA LEP. REGRESSÃO, PERDA DOS DIAS REMIDOS E ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA.

1. A definição de falta grave, por implicar a restrição de diversos benefícios na execução da pena, como a perda de dias remidos (art. 127 da LEP) e a regressão de regime de cumprimento de pena (art. 118, inciso I, da LEP), deve ser interpretada restritivamente, nos termos do art. 50 do referido diploma legal.

2. A alteração promovida pela Lei 11.466/07, incluindo o inciso VII no art 50 da LEP, para constar que constitui falta grave ter “em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo”, visa coibir a comunicação dos presos entre si e com o ambiente fora do estabelecimento prisional, o que se faz com a posse de aparelhos telefônicos, rádio ou similar, incluindo,

naturalmente, os seus componentes, os quais, sem eles, os aparelhos não funcionariam.

3. É firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, comprovado o cometimento de falta grave pelo condenado, cabe ao Juízo da Execução, em estrita obediência ao que determina o art. 118, I, da Lei de Execução Penal, a decretação da regressão do regime prisional, após a oitiva do apenado.

4. O cometimento de falta grave implica a perda dos dias remidos e o reinício da contagem do prazo da pena remanescente para a concessão do benefício da progressão de regime prisional.

5. Ordem denegada (*Habeas Corpus* n. 139789, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 6-10-2009, DJe 3-11-2009).

No mesmo sentido, colhe-se decisão desta Corte:

EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. ARTIGO 50, VII, DA LEI N. 7.210/1984. CHIP DE TELEFONE CELULAR. APREENSÃO EM PODER DO DETENTO. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PROCESSO ADMINISTRATIVO PRELIMINAR. AUSÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. PROCEDIMENTO JUDICIAL. ARTIGO 118, § 2º, DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA RESPEITADOS. NULIDADE INEXISTENTE.

“Observado o disposto no art. 118, § 2º da LEP, com a ouvida prévia do apenado, devidamente assistido pelo Defensor, tendo sido respeitados, portanto, os princípios da ampla defesa e do contraditório, o reconhecimento judicial da falta grave prescinde de sua apuração na esfera administrativa. Precedente” (Superior Tribunal de Justiça, HC n. 140.972/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. 15-10-2009).

COMPONENTE ESSENCIAL DO APARELHO TELEFÔNICO. POSSE NO INTERIOR DA UNIDADE PRISIONAL. FALTA GRAVE. CARACTERIZAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

“Em rigor de interpretação jurídica, o que se extrai da Lei de Execução Pe-

nal é a compreensão de que o controle estatal tem de incidir sobre o aparelho telefônico, mas na perspectiva dos seus componentes. É dizer: a Lei 11.466/2007 encampou a lógica finalística de proibir a comunicação a distância intra e extramuros. Pelo que a posse de qualquer artefato viabilizador de tal comunicação faz a norma incidir de pleno direito” (Supremo Tribunal Federal, HC n. 105.973, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, j. 30-11-2010).

Ademais, não se pode considerar o chip um mero acessório do telefone móvel, principalmente porque, sem ele, o aparelho não funciona. Portanto, tal qual decidido pela Suprema Corte, mais correto conceituá-lo como um elemento essencial do celular. Assim, surpreendido o detento na posse do referido chip, inafastável a incidência do artigo 50, VII, da Lei de Execuções Penais (*Habeas Corpus* n. 2012.002111-1, de Balneário Camboriú, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, Quarta Câmara Criminal, j. 2-3-2012, grifo nosso).

E de outros Tribunais de Justiça, cita-se:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. INTERNADO PORTANDO *CHIP* DE APARELHO CELULAR NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FALTA GRAVE. NOVA DATA-BASE PARA OBTENÇÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS. IMPROVIMENTO.

Apenado flagrado no estabelecimento prisional, na posse de *chip* de telefone celular, comete falta grave. Em decorrência da falta praticada, deve ser alterada a data-base para obtenção de futuros benefícios, excetuado o livramento condicional. Agravo improvido. (TJ - RS, Agravo em Execução n. 70040978363, Quarta Câmara Criminal, rel. Des. Gaspar Marques Batista, j. 24-3-2011).

AGRAVO EM EXECUÇÃO - Recurso ministerial. Apreensão de “*chip*” de aparelho de telefonia celular Reconhecida falta disciplinar de natureza leve - alegação de que natureza da falta é grave POSSIBILIDADE - Falta disciplinar de natureza grave - art. 50, inciso VI, da LEP - Inobservância das regras existentes no estabelecimento penal Perda dos dias remidos e interrupção do lapso temporal, para fins de progressão de regime, salientando-se a con-

dição de estrangeira da sentenciada - Dado provimento ao agravo (TJ-SP; Agravo em Execução n. 0367119-56.2010.8.26.0000, rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, Terceira Câmara de Direito Criminal, j. 24/5/2011, DJe 03/06/2011).

No caso dos autos, ao contrário do sustentado pelo magistrado singular, a falta grave cometida pelo apenado foi plenamente demonstrada.

Segundo descreve o incidente disciplinar, o reeducando Jorcelei da Silva Hesper, ora agravado, foi flagrado com um “*chip*” de celular, no momento do procedimento de vistoria na saída do parlatório.

Colhe-se da comunicação interna que originou o referido incidente, assinada pelos agentes penitenciários Ivandel Velozo e Josiano Pires:

Senhor,

Cumprimentando-o cordialmente, venho através desta informar que nesta data durante o procedimento de vistoria na saída do parlatório o detento JORCELEI DA SILVA HESPER foi pego com um *chip* de celular.

A critério de informação este detento é cliente e foi atendido pelo advogado CARLOS ANIBAL CORREIA MAIA. O detento permanece a disposição da chefia de segurança para as providências cabíveis. Era o que tinha informar.

Destaca-se que, embora os servidores mencionados acima não tenham sido ouvidos em Juízo, as informações prestadas por eles, subscritas, gozam de fé pública, visto tratarem-se de funcionários públicos e, assim, são suficientes para demonstrar a prática de falta grave pelo agravado.

Nesse contexto, já decidiu este Sodalício:

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA A DECISÃO QUE DETERMINOU A REGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL PARA FECHADO E DECLAROU A PERDA DOS DIAS REMIDOS PELA PRÁTICA DE FALTA GRAVE. INCITAÇÃO E SUBVERSÃO À ORDEM. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO À PARTICIPAÇÃO. IRRAZOABILIDADE. PARTICIPAÇÃO COMPROVADA ATRAVÉS DE DECLARAÇÃO DO ADMINISTRADOR DO ERGÁSTULO PÚBLICO. FALTA GRAVE CARACTERIZADA. REGRESSÃO MANTIDA. PERDA DOS DIAS REMIDOS NA FRAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO) DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. A incitação e subversão à ordem são consideradas faltas graves (art. 50, I, da Lei de Execução Penal) e ensejam a regressão do regime prisional.

2. O documento subscrito pelo Administrador do estabelecimento penal em que se encontra o apenado, bem como suas próprias palavras relatando a ocorrência dos fatos, gozam de fé pública e são meios hábeis para a comprovação da falta grave.

3. Mostra-se devidamente motivada a decisão que determinou a perda dos dias remidos no patamar de 1/3 (um terço), com atenção aos pressupostos do art. 93, IX, da Constituição Federal (Recurso de Agravo n. 2012.039384-7, de Canoinhas, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 9-10-2012).

Ademais, o agravado, na audiência de justificação, alegou que tomou emprestada uma bermuda de um outro recluso, e que o “*chip*” já estava no bolso desta, sem que ele tivesse conhecimento do fato. No entanto, em nenhum momento indicou quem seria o suposto proprietário da bermuda. Destaca-se, ainda, que só apresentou tal versão em Juízo, ou seja, teve tempo suficiente para pensar na justificativa apresentada.

Portanto, os elementos constantes do Incidente Disciplinar são suficientes para caracterizar a prática, pelo apenado Jorcelei da Silva Hesper, de falta grave prevista no art. 50, VII, da Lei de Execução Penal.

Quanto aos efeitos do seu reconhecimento, é cediço que os arts. 118, I e 127, ambos da Lei de Execução Penal, apresentam duas consequências, a saber, regressão a regime de pena mais gravoso e perda de até 1/3 (um terço) dos dias remidos, *in verbis*:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

[...]

Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

Além destas, há também um efeito secundário decorrente da prática de falta grave, consistente na interrupção da contagem do prazo para uma futura progressão de regime.

No presente caso, tendo em vista que o reeducando já se encontra cumprindo pena em regime fechado, resta, por óbvio, prejudicada a regressão, contudo, não faz desaparecer as demais consequências, mencionadas acima.

Assim, embora seja inviável a determinação da regressão de regime, a sanção de interrupção do prazo para concessão de progressão de regime, bem como a perda de 1/3 (um terço) dos dias eventualmente remidos, persistem.

Nesse sentido, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

Se o condenado que praticar a falta grave estiver no regime fechado, não se podendo fazê-lo regredir para regime mais severo, inexistente, além de ser submetido à sanção disciplinar está sujeito ao efeito secundário da regressão, ou seja, terá interrompido o tempo de cumprimento da pena para efeito de progressão, devendo cumprir mais um sexto do restante a partir da falta grave para obtê-la (Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 486).

Nesta seara, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a interrupção da contagem do prazo para a progressão de regime é um dos efeitos decorrentes da prática de falta grave pelo condenado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO E HOMICÍDIO QUALIFICADOS. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITOS. ARTIGO 112 DA LEP. CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM REGIME FECHADO. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. REINÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. ANÁLISE DO REQUISITO SUBJETIVO (MÉRITO DO CONDENADO) EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ALEGAÇÃO DE INAPLICABILIDADE DA LEI N. 8.072/90 NÃO SUBMETIDA À APRECIÇÃO DAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES. CONHECIMENTO DA MATÉRIA POR ESTA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A progressão do regime da pena imposta, *in casu* fechado, reclama o preenchimento dos requisitos elencados no artigo 112 da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84); a saber: a) cumprimento de um sexto da pena (requisito objetivo); b) bom comportamento carcerário (requisito subjetivo).
2. A prática de falta grave acarreta a interrupção da contagem do prazo para a progressão do regime de cumprimento de pena. Inobstante a ausência de previsão legal expressa nesse sentido, não há que se falar em violação do prin-

cípio da legalidade. Isso porque a interrupção do prazo decorre de uma interpretação sistemática das regras legais existentes (Precedentes: HC n. 97.135/SP, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ de 24.5.11; HC n. 106.685/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ de 15.3.11; RHC n. 106.481/MS, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ de 3.3.11; HC n. 104.743/SP, Relator o Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, DJ de 29.11.10; HC n. 102.353/SP, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ de 04.11.10; HC n. 103.941/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 23.11.10).

3. O réu que cumpre pena privativa de liberdade em regime menos severo, ao praticar falta grave, pode ser transferido para regime mais gravoso; todavia, ao réu que já cumpre pena no regime mais gravoso (regime fechado) não pode ser aplicado o instituto da regressão, sendo permitido, portanto, o reinício da contagem do prazo para a progressão, levando-se em conta o tempo de pena remanescente.

[...]

6. Ordem denegada

O Superior Tribunal de Justiça adota o mesmo entendimento, veja-se:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA DISCIPLINAR GRAVE. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS, ENTRE ELES A PROGRESSÃO DE REGIME, EXCETO LIVRAMENTO CONDICIONAL E COMUTAÇÃO DAS PENAS. PRECEDENTES DO STJ E STF. EMBARGOS PROVIDOS PARA ASSENTAR QUE A PRÁTICA DE FALTA GRAVE REPRESENTA MARCO INTERRUPTIVO PARA OBTENÇÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL.

1. O cometimento de falta grave pelo sentenciado no curso da execução da pena, nos termos do art. 127 da Lei 7.210/84, implica a perda integral dos dias remidos pelo trabalho, além de nova fixação da data-base para concessão de benefícios, exceto livramento condicional e comutação da pena; se assim não fosse, ao custodiado em regime fechado que comete falta grave não se

aplicaria sanção em decorrência dessa, o que seria um estímulo ao cometimento de infrações no decorrer da execução.

2. Referido entendimento não traduz ofensa aos princípios do direito adquirido, da coisa julgada, da individualização da pena ou da dignidade da pessoa humana. Precedentes do STF e do STJ.

3. Para reforçar esse posicionamento, foi editada a Súmula Vinculante 09/STF, segundo a qual o disposto no artigo 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do artigo 58.

4. Entender de forma diversa, como bem asseverou o eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO, quando do julgamento do HC 85.141/SP, implicaria tornar despidas de sanção as hipóteses de faltas graves cometidas por sentenciados que já estivessem cumprindo a pena em regime fechado. De modo que não seria possível a regressão no regime (sabido que o fechado já é o mais severo) nem seria reiniciada a contagem do prazo de 1/6. Conduzindo ao absurdo de o condenado, imediatamente após sua recaptura, tornar a pleitear a progressão prisional com apoio em um suposto bom comportamento (DJU 12.05.2006).

5. Embargos providos para assentar que a prática de falta grave representa marco interruptivo para obtenção de progressão de regime prisional (REsp. n. 1.176.486/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 28-3-2012).

Esta Corte de Justiça não destoa:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - FALTA GRAVE COMETIDA POR APENADO CUMPRINDO REPRIMENDA EM REGIME FECHADO - INTERRUÇÃO DO LAPSO TEMPORAL PARA PROGRESSÃO DE REGIME - MEDIDA QUE NÃO VIOLA O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - PREVISÃO LEGAL QUE SE EXTRAÍ DA INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - ENTENDIMENTO, ADEMAIS, CONSOLIDADO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES - RECURSO DESPROVIDO.

“Consoante entendimento uniformizador sufragado pela eg. Terceira Seção

desta Corte Superior, que se coaduna com a orientação sedimentada no Pretório Excelso, o cometimento de falta grave pelo apenado tem como efeito o reinício da contagem do lapso temporal exigido para a concessão de futura progressão de regime.” (STJ, AgRg no HC 207816, rel^a. Min^a. Alderita Ramos de Oliveira, j. 23.10.12). (Recurso de Agravo n. 2012.085207-3, de Itapema, Rel. Des. Rodrigo Collaço, Quarta Câmara Criminal, j. 4-4-2013).

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA A DECISÃO QUE INDEFERIU O PLEITO DE PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL. ANÁLISE DO BENEFÍCIO DE ACORDO COM OS PRECEITOS EXIGIDOS PELO ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO DO CUMPRIMENTO DE 1/6 (UM SEXTO) DO REMANESCENTE DA PENA. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE QUE RESULTOU NA ALTERAÇÃO DA DATA-BASE. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Para a concessão da progressão de regime, mostra-se necessário o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos delineados no artigo 112 da Lei de Execução Penal.
2. “O cometimento de falta grave pelo condenado acarreta a regressão de regime e a perda dos dias remidos, sem que se vislumbre ofensa ao direito adquirido ou à coisa julgada. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça”. (STJ - *Habeas Corpus* n. 237983/RS, da Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 02/08/2012) (Recurso de Agravo n. 2007.057570-4, da Capital, rel. Des. Alexandre d’Ivanenko, Primeira Câmara Criminal, j. 16-10-2012).

Diante das razões expostas, dá-se provimento ao recurso de agravo interposto, para cassar a decisão de fls. 45-46v, reconhecendo-se a falta grave cometida pelo agravado Jorcelei da Silva Hesper e, consequentemente, para decretar em seu desfavor a perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos, mesmo não homologados, até a data da prática da falta grave (12-1-2012), estipulando-se, por fim, esta como nova data-base para a concessão de futuros benefícios.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2014.009479-4, de Criciúma

Relator: Des. Getúlio Corrêa

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE POLUIÇÃO (LEI N. 9.605/98, ART. 54, § 2º, V) – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA (ART. 386, II, do CPP) – RECURSO DA ACUSAÇÃO.

PLEITEADA A CONDENAÇÃO DOS APELADOS ANTE A SUFICIENTE COMPROVAÇÃO DA AUTORIA E MATERIALIDADE – SUSTENTADA A PRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA TÉCNICA ACERCA DO DANO AMBIENTAL – PROCEDÊNCIA.

RELATÓRIO DE VISTORIA PRODUZIDO PELA POLÍCIA MILITAR AMBIENTAL, CORROBORADO PELOS DEPOIMENTOS POLICIAIS, EM AMBAS AS FASES, QUE COMPROVAM A AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. “*A materialidade do delito ambiental ficou assentada por meio de amplo material probatório, incluindo laudo produzido por policiais ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente, que gozam de fé pública, não existindo, portanto, qualquer irregularidade*” (STJ, HC n. 252027, Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 16.10.2012).

CRIME DE MERA CONDUTA QUE SE CONSUMA PELA MERA POSSIBILIDADE DE CAUSAR DANO AO MEIO AMBIENTE – PRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA TÉCNICA.

“*Tratando-se de delito de mera conduta, o simples fato de não terem sido adotados os procedimentos de cautela tendentes a evitar o possível dano con- figura, em princípio, o crime*” (STJ, HC n. 58604, Min. Gilson Dipp, j. 19.09.2006).

CONDUTA NEGLIGENTE DOS SÓCIOS-ADMINISTRADORES NA

ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL DE SUA EMPRESA, VIOLANDO O DEVER DE CUIDADO OBJETIVO – DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A MODALIDADE CULPOSA PREVISTA NO § 1º DO ART. 54 DA LEI N. 9.605/98 – INVIABILIDADE DE CONDENAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA PELO CRIME CULPOSO – AUTORIA, MATERIALIDADE E CULPABILIDADE QUE JUSTIFICAM A CONDENAÇÃO DOS SÓCIOS – PRECEDENTES DESTA CORTE.

DOSIMETRIA DA PENA – CONDENAÇÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E MULTA NO MÍNIMO LEGAL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO QUE SE MOSTRA SUFICIENTE – PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2014.009479-4, da Comarca de Criciúma (2ª Vara Criminal), em que é apelante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelado Angelgres Revestimentos Cerâmicos Ltda e outros:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 27 de maio de 2014, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Sérgio Rizelo e Volnei Celso Tomazini.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Norival Acácio Engel.

Florianópolis, 12 de junho de 2014.

Getúlio Corrêa

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia contra Angelgres Revestimentos Cerâmicos Ltda., Ângela Fátima Pascoali Boeira e Marconi Leonardo Pascoali pela prática, em tese, do crime de poluição (Lei n. 9.605/98, art. 54, § 2º, V), em razão dos fatos assim narrados na denúncia:

“No dia 2 de dezembro de 2007, uma guarnição do 10º Pelotão da Guarnição Especial de Polícia Militar Ambiental, atendendo ao ofício nº 717/2007 da 9ª Promotoria de Justiça da Comarca de Criciúma, efetuou vistoria na empresa denunciada Angelgres Revestimentos Cerâmicos Ltda., e constatou que esta, administrada pelos denunciados Ângela Fátima Pascoali Boeira e Marconi Leonardo Pascoali, desenvolvia a atividade de fabricação de material cerâmico em inconformidade com as condicionantes do licenciamento e, ainda, com Licença Ambiental de Operação vencida.

Na oportunidade verificou-se a disposição de resíduos gerados da raspa do esmalte, de biscoito esmaltado, em contato direto com o solo e a céu aberto, bem como resíduos da manutenção e da limpeza, tais como estopas contaminadas com óleo, dispostos em conjunto com resíduos recicláveis em local impróprio, dispostos no solo, em bags e tonéis, causando, portanto, poluição pelo lançamento de seus resíduos industriais sólidos, em desacordo com as exigências estabelecidas em lei ou regulamento.” (fls. II-II).

Após a instrução do feito, as partes apresentaram alegações finais (fls. 235-245 e fls. 248-263).

Em seguida, sobreveio sentença (fls. 269-277), donde se extrai da parte dispositiva:

“DIANTE DO EXPOSTO: JULGO IMPROCEDENTE a denúncia de fls. I/II para o fim de ABSOLVER os acusados ANGELGRES REVESTIMEN-

TOS CERÂMICOS LTDA, ÂNGELA FATIMA PASCOALI BOEIRA e MARCONI LEONARDO PASCOALI, nela qualificados, da imputação da prática do crime tipificado no art. 54, 2, inciso V, da Lei n. 9.605/98, o que faço com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal.” (fl. 276).

Irresignado, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina apelou (fls. 279-290), sustentando, em síntese, a necessária condenação dos apelados, alegando que o conjunto probatório dos autos comprova suficientemente a autoria e a materialidade do delito imputado, e que, diante desse quadro, a perícia técnica não se mostra imprescindível, além do que o crime é de perigo, consumando-se pela simples possibilidade de causar dano.

Houve contrarrazões (fls. 298-318), pela manutenção da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer do Procurador de Justiça Pedro Sérgio Steil (fls. 324-326), manifestou-se pelo desprovemento do apelo.

VOTO

1. A juíza Débora Driwin Rieger Zanini absolveu os apelados em sentença fundamentada na inexistência de provas da existência do fato (CPP, art. 386, inc. II), ou seja, da materialidade, em síntese porque: a) reputou indispensável a presença de laudo técnico-pericial, por se tratar de infração que deixa vestígios; b) a ausência de prova acerca do grau de poluição ou de potencialidade lesiva; c) o relatório elaborado pela polícia ambiental militar (fls. 03/08) é nulo por não atender as normas processuais, mormente o art. 159, § 1º, do CPP (sentença às fls. 269-277).

Como dito pelo Procurador de Justiça, “*não se desconhece a divergência jurisprudencial sobre o tema*” (fl. 325), porém há que se destacar

que já há precedente da Seção Criminal desta Corte que referenda o entendimento atual desta Câmara Criminal, o qual não reputa indispensável a prova técnico-pericial, se existem nos autos provas, como o relatório da polícia militar ambiental (o qual goza de fé pública, até prova em contrário), que atestem a existência do fato delituoso.

Nesse sentido:

“PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES (CPP, ART. 609, PARÁGRAFO ÚNICO). CRIME CONTRA A FLORA. DENÚNCIA QUE IMPUTA A PRÁTICA DE QUEIMADA EM FLORESTA NATIVA DA MATA ATLÂNTICA (LEI 9.605/1998, ART. 41 C/C ARTS. 15, II, I, E 53, II, C). PRETENDIDA A PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO QUE RECONHECEU A NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL PARA VERIFICAR A ELEMENTAR NORMATIVA DO TIPO FLORESTA OU MATA. DESCABIMENTO. POSSIBILIDADE DE AFERIR A ELEMENTAR SEM PERÍCIA TÉCNICA. ADVENTO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL NÃO MODIFICOU AS ELEMENTARES DO ART. 41 DA LEI 9.605/1998. MATERIALIDADE COMPROVADA POR BOLETIM DE OCORRÊNCIA AMBIENTAL, AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL, NOTIFICAÇÃO, AUTO DE CONSTATAÇÃO, LEVANTAMENTO FOTOGRÁFICO E RELATÓRIO DA POLÍCIA MILITAR AMBIENTAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. DOCUMENTOS PÚBLICOS QUE GOZAM DE FÉ PÚBLICA ATÉ PROVA EM CONTRÁRIO. INCIDÊNCIA DO ART. 156 DO CPP. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. - A ausência de prova pericial não impede o reconhecimento da prática da infração penal consistente na destruição de campos nativos, vegetação rasteira, árvores nativas de grande porte, capões nativos em estágio de regeneração e espécies ameaçadas de extinção em área integrante ao Bioma Mata Atlântica, inclusive, contendo área de preservação permanente com diversas nascentes, veredas/banhados e pequenos cursos de água, quando o conjunto probatório confirma a ação sobre o objeto material do tipo. - A interpretação jurídica em matéria ambiental não pode conduzir a resultado mais gravoso e lesivo ao direito de terceira dimensão, a saber, o meio ambiente. - Os autos de

constatação e relatórios elaborados pela polícia militar ambiental gozam de fé pública até prova em contrário. Incide o art. 156 do Código de Processo Penal. - Parecer da PGJ pelo conhecimento e provimento do recurso. - Recurso conhecido e desprovido” (EI n. 2013.010605-8, Des. Carlos Alberto Civinski, j. 27.08.2013, Seção Criminal)

Desta Câmara:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A FLORA. ART. 38-A DA LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECLAMO DA ACUSAÇÃO. PERÍCIA TÉCNICA. DISPENSABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. MODALIDADE CULPOSA RECONHECIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A ausência de prova pericial nos crimes ambientais não conduz, inexoravelmente, à absolvição do agente por falta de prova da materialidade delitiva, que pode ser comprovada por outros meios legais” (ACrim n. 2013.038910-2, Des. Sérgio Rizelo, j. 24.03.2014).

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES AMBIENTAIS. CAUSAR POLUIÇÃO E FAZER FUNCIONAR ESTABELECIMENTO POTENCIALMENTE POLUIDOR SEM LICENÇA OU AUTORIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS AMBIENTAIS COMPETENTES. ART. 54, § 2º, INC. V, C/C ART. 60, AMBOS DA LEI 9.605/1998. SENTENÇA QUE DECLAROU A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO COM RELAÇÃO AO CRIME DO ART. 60 DA REFERIDA LEI E ABSOLVEU O ACUSADO DO DELITO DO ART. 54, § 2º, INC. V, FACE A AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDA CONDENAÇÃO DO RÉU PELO CRIME DE CAUSAR POLUIÇÃO QUE POSSA RESULTAR EM DANO À SAÚDE HUMANA. ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE DO CRIME SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADA ATRAVÉS DE DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS, DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS, TERMO CIRCUNSTANCIADO, LEVANTAMENTO FOTOGRÁFICO E DO PRÓPRIO ACUSADO QUE DECLAROU QUE SE UTILIZOU DE UMA MANGUEIRA PARA RETIRAR DEJETOS

DE UMA ESTERQUEIRA E JOGÁ-LOS NO GRAMADO PRÓXIMO. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. CONDUTA ESTA QUE FEZ COM QUE OS DEJETOS ESCORRESSEM PARA CURSO HÍDRICO, CONFORME CONSTATADO ATRAVÉS DE FOTOGRAFIAS. SITUAÇÃO QUE FACILMENTE PODERÁ RESULTAR EM DANOS À SAÚDE HUMANA, OU A MORTANDADE OU DESTRUIÇÃO SIGNIFICATIVA DA FLORA. ELEMENTAR CARACTERIZADORA DO DELITO PRESENTE. AUTORIA, DO MESMO MODO, VERIFICADA. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU REFORMADA. RECURSO PROVIDO” (ACrim n. 2012.018399-2, Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 23.04.2013).”

Ainda, acerca do tema da prescindibilidade da prova técnico pericial, mormente diante da presença do relatório da Policial Militar Ambiental, prova apta a comprovar a materialidade do delito, vale trazer à baila trecho voto do Desembargador Rodrigo Collaço, no qual são citados precedentes das Cortes Superiores, ao qual se adere:

“[...]entendo por bem adotar a orientação das Cortes de convergência quanto à viabilidade de se admitir o laudo firmado por autoridade policial ambiental como elemento probante da existência do delito.

Com efeito, na Suprema Corte, ao apreciar o HC n. 86.249/SP acerca da possibilidade de trancamento de uma ação penal ambiental em curso, o relator, Ministro Carlos Britto, expressamente reconheceu a prova de materialidade naquele caso fundada em ‘auto de infração ambiental da lavra do IBAMA’ (suficiente à verificação do ilícito em época de defeso), no que foi acompanhado pela Primeira Turma à unanimidade. Também a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de admitir laudo firmado por autoridade policial, mas desde que contenha elementos suficientes acerca da materialidade (v.g., HC n. 252.027/SC, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 16.10.2012).

Observe-se que, no Estado de Santa Catarina, a Lei estadual 14.675/09 (Código Estadual do Meio Ambiente), em seu art. 10, III, alça a Polícia Mili-

tar Ambiental - PMA como órgão executor do Sistema Estadual do Meio Ambiente - SEMA, de modo a integrar, pois, o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA de que trata a Lei federal 6.938 /81. Aludido diploma estadual ainda atribui expressamente à PMA o poder de polícia ambiental (art. 15).

Assim, se por um lado as Cortes Superiores têm reconhecido a materialidade de crimes ambientais com base em laudos oriundos de órgãos executores do SISNAMA e, por outro, a própria Lei 9.605 /98 dispõe que “são autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitânicas dos Portos, do Ministério da Marinha”, irrefutável admitir os laudos emitidos por agentes vinculados à Polícia Militar Ambiental como efetiva prova da materialidade de infrações ambientais” (voto vencido in ACrim n. 2013.010895-9, j. 20.03.2014).

Extrai-se do citado julgado do Superior Tribunal de Justiça: “*A materialidade do delito ambiental ficou assentada por meio de amplo material probatório, incluindo laudo produzido por policiais ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente, que gozam de fé pública, não existindo, portanto, qualquer irregularidade*” (HC n. 252027, Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 16.10.2012).

Logo, a conclusão do respeitável togado singular acerca da necessidade de prova pericial não se mostra a mais adequada.

2. O crime imputado aos denunciados (art. 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/98), pela conduta acima descrita, possui a seguinte redação:

“Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

[...]

§ 2º Se o crime:

[...]

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.”

Acerca do dispositivo em comento, extrai-se da jurisprudência desta Corte: “[...] a objetividade jurídica imediata é a tutela do meio ambiente, sob qualquer forma. O elemento subjetivo desdobra-se no dolo, id est, a vontade livre e consciente de poluir o ar, a água e o solo, representada pela intenção de expor a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal. O sujeito ativo, por sua vez, pode ser qualquer pessoa, natural ou jurídica” (ACrim n. 2012.092235-6, Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 04.06.2013).

A materialidade e autoria do delito restaram comprovadas através do relatório de vistoria/inspeção n. 141/2007 da Polícia Militar Ambiental às fls. 03-08, termos de depoimento às fls. 110-112, e pelos depoimentos judiciais dos policiais militares ambientais (mídia de fl. 233). Há que se ratificar a exposição acerca da materialidade tecida pelo Ministério Público: “a empresa denunciada, que possuía licença ambiental de operação vencida e continha dispositivos de controle ambiental ineficientes, e, ainda, depositava ‘resíduos gerados da raspa do esmalte, de biscoito esmaltado, em contato direto com o solo e a céu aberto’, e também ‘resíduos de manutenção e da limpeza, tais como estopas contaminadas com óleo, dispostos em conjunto com resíduos recicláveis em local impróprio, dispostos no solo, em bags e tonéis’, isto é, sem o necessário sistema de tratamento e destinação adequada, deve-se ter em vista que as provas documental, testemunhal e fotográfica são suficientes para comprovar o dano ambiental noticiado na peça vestibular” (alegações finais à fl. 237).

Consta no caderno processual o contrato social da empresa poluidora, o qual aponta como responsáveis legais os sócios-administradores Ângela Fátima Pascoali Boeira e Marconi Leonardo Pascoali (fls. 31-32), reforçando a autoria pelos apelados, pela teoria da dupla imputação:

“A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. [...] A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral” (REsp n. 564960, Min. Gilson Dipp, j. 13.06.2005).

“Nos crimes ambientais, é necessária a dupla imputação, pois não se admite a responsabilização penal da pessoa jurídica dissociada da pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio” (RMS n. 27593, Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 04.09.2012).

Ainda, incide ao presente caso a prescrição legal do art. 2º da Lei de Crimes Ambientais: *“Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”*.

O crime em tela se consumou pela mera possibilidade de causar dano ao meio ambiente, pois, *“tratando-se de delito de mera conduta, o simples fato de não terem sido adotados os procedimentos de cautela tendentes a evitar o possível dano configura, em princípio, o crime [...]”* (HC n. 58604, Min. Gilson Dipp, j. 19.09.2006).

3. Por outro lado, quanto à culpabilidade, não logrou o órgão mi-

nisterial trazer aos autos substrato probatório suficiente para comprovar o dolo específico dos apelados, a vontade livre e consciente de poluir, a intenção de expor a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal. Razão assiste nesse ponto à defesa (contrarrazões às fls. 316-318).

Em verdade as condutas imputadas aos apelados decorrem da negligência na administração ambiental de sua empresa, de violação ao dever de cuidado objetivo, e é *“bem verdade que a conduta é grave e traz consequências demasiadamente danosas ao meio ambiente, todavia, na seara penal, faz-se necessário aferir a efetiva intenção do agente, esta que, in casu, revelou-se culposa”* (ACrim n. 2012.092235-6, Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 04.06.2013). Necessária, pois, a desclassificação da conduta para a modalidade culposa prevista no § 1º do art. 54 da Lei n. 9.605/98, ante a ausência de provas acerca do elemento subjetivo, da intenção de causar dano.

Desclassificado o crime para sua forma culposa, inviável a condenação da pessoa jurídica:

“É inadmissível imputar-se a pessoa jurídica o delito previsto no § 1º do art. 54 da Lei n. 9.605/98, pois, nos termos do art. 3º desse Diploma Legal, a empresa somente pode ser responsabilizada criminalmente quando presente o dolo específico, ou seja, na hipótese em que houver ‘decisão’ do representante ‘no interesse da entidade’, circunstância que afasta a possibilidade da prática do mencionado crime culposos, já que na culpa não há vontade por parte do autor de obter o resultado lesivo ao direito, que sobrevém em consequência de imprudência, negligência e/ou imperícia, sendo certo também que a falta de previsão expressa da sanção correspondente, ainda que mediante remessa ao art. 21 da Lei, impossibilita afirmar-se que os delitos do art. 54 - para os quais foram previstas penas privativas de liberdade, isoladas ou cumulativamente à multa - possam ser cometidos por pessoas jurídicas. (TJSP, MS 349.440/8, 3ª C., rel. Des. Fábio Gouvêa, j. em 1-2-2000, RTACrim 48/382)” (MARCÃO, Renato. Crimes ambientais. Anotações e Interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 9.605, de 12-2-1998. Saraiva, São Paulo, 2011, p. 394-395 - destacou-se).

Desta feita, devidamente comprovada a prática da conduta ilícita, a sua autoria e a culpa dos agentes, a sentença combatida deve ser reformada para condenar Ângela Fátima Pascoali Boeira e Marconi Leonardo Pascoali pela prática da infração prevista no § 1º, do art. 54, da Lei n. 9.605/98.

4. Prossegue-se à aplicação das penas.

Em análise às circunstâncias judiciais, tenho que a culpabilidade dos réus, tida como grau de reprovabilidade da conduta, é normal ao tipo. Quanto aos antecedentes criminais, ambos são primários (certidões às fls. 162-165). Não constam dados sobre as suas condutas sociais e personalidades. O motivo foi o exercício de atividade comercial, normal ao tipo. As circunstâncias são normais à espécie. Não foram suficientemente provadas as consequências do delito, exceto aquelas que lhe são inerentes. A vítima, entendida como a sociedade, não contribuiu para o ilícito.

Assim, considerando a inexistência de circunstâncias desfavoráveis, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, 6 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa para os acusados.

Na segunda fase, inexistem agravantes ou atenuantes. Mantida, pois, a pena base.

Na etapa derradeira, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, pelo que as sanções definitivas devem ser fixadas em 6 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa para os réus Ângela Fátima Pascoali Boeira e Marconi Leonardo Pascoali.

Tendo em vista a condição financeira dos réus, enquanto administradores de pessoa jurídica, presente no caderno processual seu contrato social, do qual se lê que o seu capital social é de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) (fl. 30), o valor do dia-multa deve ser arbitrado em 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos.

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deverá ser o aberto, uma vez que se tratam de réus primários e o *quantum* não ultrapassa quatro anos (art. 33, § 2º, “c”, do CP).

Todavia, as reprimendas corporais devem ser substituídas por restritivas de direito, pois atendidos os requisitos do art. 44 do CP - a pena é inferior a quatro anos, o delito foi cometido sem violência ou grave ameaça e não há circunstâncias judiciais desfavoráveis - sendo medida suficiente. Sendo as penas privativas de liberdade inferiores a um ano, a substituição se dará por uma pena restritiva de direitos (art. 44, § 2º, do CP).

Assim, deverão cada um dos réus realizar o pagamento de prestação pecuniária no valor de 10 (dez) salários mínimos, valor fixado tendo em consideração a condição financeira dos apelados, já vista alhures. O valor deverá ser revertido para entidade que promova a preservação do meio ambiente, a critério do juízo da execução.

Deixa-se de fixar valor mínimo para reparação dos danos, pois não demonstrados nos autos.

Concede-se o direito de recorrer em liberdade aos réus, uma vez que assim responderam a todo o processo, não havendo notícia de ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 312 do CPP.

5. À vista do exposto, voto pelo parcial provimento do recurso, reformando-se a sentença combatida para condenar os apelados Ângela Fátima Pascoali Boeira e Marconi Leonardo Pascoali a 6 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa pela prática da infração prevista no § 1º, do art. 54, da Lei n. 9.605/98, substituída por pena restritiva de direito consistente na prestação pecuniária individual no valor de 10 (dez) salários mínimos.

Apelação Criminal n. 2013.019762-6, de Joinville

Relator: Des. Volnei Celso Tomazini

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. (ART. 89, *CAPUT*, C/C ART. 25, INCISO III, DA LEI N. 8.666/1993). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA, DIANTE DA AUSÊNCIA DE DOLO E PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO. NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE PUBLICIDADE E PRODUÇÕES SEM A ADOÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO. ARTISTAS QUE NÃO FORAM CONTRATADOS DIRETAMENTE OU POR MEIO DE INTERMEDIÁRIO EXCLUSIVO. INEXIGIBILIDADE DO CERTAME NÃO DEMONSTRADA. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA À EXCEÇÃO LEGAL. DOLO EVIDENCIADO NA DISPENSA DO REFERIDO PROCEDIMENTO. INTERESSE PÚBLICO VIOLADO. DESNECESSIDADE DE CONCRETO PREJUÍZO AO ERÁRIO. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO MANTIDA.. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA. EXCLUSÃO DO AUMENTO REFERENTE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME, PORQUE INIDÔNEA A FUNDAMENTAÇÃO. REPROVABILIDADE DA CONDUTA QUE DEVERIA SER APRECIADA NA ESFERA DA CULPABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO E, DE OFÍCIO, REDUZIDA A PENA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2013.019762-6, da comarca de Joinville (3ª Vara Criminal), em que é apelante Edson Busch Machado, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso e, de ofício, reduzir a pena do réu Edson Busch Machado para 3 anos de detenção. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desa. Salete Silva Sommariva (Presidente) e Des. Getúlio Corrêa. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes.

Florianópolis, 10 de junho de 2014.

Volnei Celso Tomazini

RELATOR

RELATÓRIO

No Juízo da 3ª Vara Criminal da comarca de Joinville, o réu Edson Busch Machado foi denunciado como incurso na sanção penal prevista no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, pela prática dos fatos assim narrados na exordial acusatória:

Extrai-se da anexa cópia do Procedimento Administrativo nº 045/98/7ª PJ, então instaurado na 7ª Promotoria de Justiça desta comarca, que a Fundação Cultural de Joinville, representada pelo denunciado Edson Busch Machado, através da Inexigibilidade de Licitação nº 060/98 (fl. 09), de 15 de junho de 1998, contratou a empresa Osmar Lincoln Public. Produções Ltda., por sua vez representado por Osmar Lincoln Zattar de Oliveira, ao custo total de R\$ 551.614,00 (quinhentos e cinquenta e um mil, seiscentos e quatorze reais), conforme Termo de Contrato nº 055/98 (fls. 12/15), visando a apresentação de espetáculos artísticos (dois shows musicais) a serem realizados por ocasião da inauguração do “Centventos Cau Hansen” de Joinville, nas datas de 26 e 27 de junho de 1998.

Contudo, como veremos na seqüência, a Inexigibilidade de Licitação nº 060/98 e o correspondente Contrato nº 022/98 são decorrência de crime previsto na Lei nº 8.666/93.

Além de ter violado os deveres de honestidade e imparcialidade para com a instituição pública que representava, ferindo de morte os princípios cons-

titucionais da probidade, moralidade, impessoalidade e finalidade (tão difundidos no contexto da atual Administração Pública), a conduta de Edson Busch Machado foi também delituosa, à medida que ele, na condição de Presidente da Fundação Cultural de Joinville, dispensou indevidamente licitação e contratou uma empresa do ramo publicitário para que organizasse 02 (dois) shows artísticos quando da inauguração do “Centreventos Cau Hansen”, deixando inclusive de observar formalidade essencial pertinente à referida inexigibilidade, ao passo que não efetuou justificativa de preço.[...]”

Concluída a instrução criminal, o Magistrado *a quo* julgou procedente a denúncia para condenar o réu Edson Busch Machado à pena de 3 anos e 3 meses de detenção, no regime aberto, além da multa no valor correspondente a 2% do valor do contrato celebrado com inexigibilidade de licitação, pela prática da conduta tipificada no art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

Inconformado, o réu apelou e alegou, em síntese, que era cabível a inexigibilidade da licitação n. 060/1998, uma vez que apenas uma empresa reunia as condições necessárias para produzir os shows. Aduziu que houve um erro de digitação no citado processo, que estava amparado, na verdade, no inciso II do art. 25 da Lei de Licitações, de modo que pleiteou pela convalidação do ato administrativo. Ainda, sustentou que não ficou caracterizado o crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1996, porque não houve prejuízo ao erário. Pugnou, assim, pela sua absolvição.

Vertidas as contrarrazões, ascenderam os autos a esta egrégia Corte para julgamento.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Francisco Bissoli Filho, que opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo réu Edson Busch Machado contra a sentença que o condenou à pena de 3 anos e 3 meses de detenção, no regime aberto, além da multa no valor correspondente a 2% do valor do contrato celebrado com inexigibilidade de licitação, pela prática da conduta tipificada no art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

Segundo aduz o apelante, a sentença merece reforma porque era cabível a inexigibilidade da licitação n. 060/1998, uma vez que apenas uma empresa reunia as condições necessárias para produzir os shows. Argumentou que o ato administrativo estava amparado, na verdade, no inciso II do art. 25 da Lei de Licitações, de modo que pleiteou a convalidação do referido ato. Ainda, sustentou a ausência de prejuízo ao erário.

De início, cumpre destacar que o art. 89 da Lei de Licitações assim dispõe sobre a conduta imputada ao apelante:

“Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.”

Acerca dos objetos material e jurídico do crime previsto no art. 89, Guilherme de Souza Nucci leciona que

“[...] o objeto material é a licitação ou a formalidade legal indevidamente desrespeitada. O objeto jurídico é a proteção dos interesses da Administração Pública, nos seus aspectos patrimonial e moral.”

E, prossegue:

“[...] a licitação é um procedimento de escolha de quem poderá fornecer bens e serviços em geral para a Administração Pública. Por isso, deve pautar-se por critérios legais, com o objetivo de atingir o ideal para o Estado, suas autarquias, empresas públicas e outros entes, ou seja, conseguir o bem ou serviço mais qualificado pelo menor preço. Há, também, que se observar a moralidade administrativa, pautando-se os órgãos estatais pela imparcialidade. Logo, não pode o agente administrativo eleger um fornecedor qualquer, por critérios subjetivos, especialmente pelo fato de se envolver montantes elevados, como regra, em contratações feitas pelo Poder Público.

Denota-se que o art. 89 é norma penal em branco e, como tal, exige um complemento, no caso, o art 25, inciso III, da mesma Lei, ao citar uma das hipóteses em que não se exige licitação. Veja-se:

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...] III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.” (grifado agora)

Possível observar que o dispositivo legal alhures transcrito determina, para inexigência do procedimento licitatório, que o contexto fático torne inviável a disputa pelo objeto do contrato, naqueles casos em que se tem a contratação específica de cantores, atores e demais profissionais do ramo de entretenimento, quando já consagrados popularmente ou pela crítica especializada.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se à análise da hipótese em comento.

Extrai-se dos autos que o réu, durante a época que era Presidente da “Fundação Cultural de Joinville”, firmou contrato com a “Osman Lincoln Publicidade e Produções Ltda”, em 15 de junho de 1998, tendo

por objeto a “contratação dos espetáculos artísticos a serem realizados por ocasião da inauguração do ‘Centventos Cau Hansen’ de Joinville”, evento ocorrido nos dias 26 e 27 de junho de 1998, com a apresentação de diversos artistas de destaque nacional, tais como a Orquestra Sinfônica da Petrobrás, Gal Costa, Luiz Melodia, Milton Nascimento, Rita Lee, dentre outros.

Contudo, verifica-se que o contrato administrativo em tela não foi submetido a processo de licitação pública previsto no art. 37, XXI, da Carta Maior, sob a justificativa da incidência do caso da inexigibilidade prevista no art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93, ou seja, contratação de profissional do setor artístico, consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

A materialidade do crime está positivada por meio dos documentos que acompanham a denúncia, nomeadamente o Termo de Inexigibilidade de Licitação nº 060/98 e o Instrumento de Contrato nº 022/98, firmados entre a “Fundação Cultural de Joinville” e a produtora “Osmar Lincoln Public. E Produções Ltda” (fls. 16 e 19/22).

A autoria, por sua vez, encontra-se plenamente comprovada nos elementos probatórios amealhados, através das declarações do réu ao reconhecer as suas assinaturas nos referidos documentos, por ocasião de seu interrogatório judicial (fls. 16, 22 e 95/97).

Em que pese o réu ter reconhecido como suas as assinaturas apositas nos documentos referentes à contratação da empresa Osmar Lincoln Publicidade e Produções Ltda, registra-se que o apelante argumenta que a inexigibilidade da licitação ocorreu porque o caso em tela era abarcado pela exceção legal, no que diz respeito à exclusividade do artista que se queria contratar.

Contudo, denota-se que para que haja a inexigibilidade de licitação em razão da exclusividade do artista que se quer contratar, prevê-se que

a contratação ocorra diretamente com o artista ou por intermédio do seu empresário exclusivo, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Observa-se que, na realidade, o apelante contratou sem licitação uma empresa promotora de eventos, cuja obrigação contratual consistiu em intermediar o contato da “Fundação Cultural de Joinville” com os cantores ou bandas anteriormente mencionadas, além de providenciar a estrutura física e logística dos shows (item 6.4 do contrato de fls. 19/20).

Frisa-se, conforme declarou em juízo a testemunha Osmar Lincoln, a empresa contratada não era a representante exclusiva dos artistas que se apresentaram no “Centventos Cau Hansen” nos dias 26 e 27.6.1998:

“que confirma ter feito a contratação referida na denúncia, pois sua empresa fez a empresa (sic) de todo o espetáculo; que tem essa empresa há mais de 25 anos; que os espetáculos contatados foram: Orchestra Petrobrás, do Rio de Janeiro, com 60 músicos; Gal Costa e Banda; Milton Nascimento Banda e Balé; convidado especial Luiz Melodia, sob a regência do maestro Wagner Tiso; que na segunda noite de espetáculo, se apresentaram: Titás Acústico; Rita Lee Acústico; Kid Abelha Acústico; Armandinho; que a empresa do depoente firmou contratos formais com todos esses artistas; que perguntado pela acusação se à época da contratação, a empresa Osman Lincon Publicidade e Produções Ltda dispunha de algum instrumento indicativo de que detinha representatividade exclusiva acerca dos artistas e bandas antes nomeados pelo depoente, o depoente respondeu ‘não existe exclusividade’, que todos os artistas contam com escritório de produção local, com quem a produtora faz os contatos e contratos; que esses produtores locais cuidam de toda a logística do show do artista; que esses escritórios, porém, não são representantes exclusivos dos artistas (...)” O contexto retratado nos autos, portanto, distancia-se bastante do permissivo legal previsto no art. 25, inciso III, da Lei de Licitações, pois não se prestou à contratação de profissional de qualquer setor artístico, mas sim à convenção contratual para organização de todo o aparato necessário ao espetáculo de inauguração do “Centventos Cau Hansen” (fl. 93).

Assim, não se pode considerar possível a aplicação da inexigibilidade de licitação ao caso, porquanto o acusado Edson Busch Machado não agiu de acordo com o que determina a legislação e os princípios que norteiam a administração pública, ou seja, deveria o apelante realizar a licitação do espetáculo integralmente ou contratando diretamente os artistas, além dos demais serviços necessários à realização do evento (palco, som, iluminação, bilheteria, segurança etc).

Mudando o que deve ser mudado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORAS DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. DUAS VEZES POR CADA APELANTE. (ART. 89, *CAPUT*, DA LEI N. 8.666/1993). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DA DEFESA. RECURSO DE NELSONI (DISPENSA DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DO GRUPO LIBERDADE CANTO, DANÇA E TEATRO). *PLEITO ABSOLUTÓRIO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA ANTE A AUSÊNCIA DE DOLO E PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO. NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO SEM A ADOÇÃO DO CONSENTÂNEO PROCESSO LICITATÓRIO. INEXIGIBILIDADE DO CERTAME NÃO DEMONSTRADA. PROFISSIONAL DO SETOR ARTÍSTICO CONTRATADO NÃO CONSAGRADO PELA CRÍTICA OU PELA OPINIÃO PÚBLICA.* DOLO EVIDENCIADO NA DISPENSA DO REFERIDO PROCEDIMENTO, O QUAL VISA ASSEGURAR O INTERESSE PÚBLICO ANTE A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS QUALIFICADOS PELO MENOR PREÇO. DESNECESSIDADE DE DISCUSSÃO ACERCA DO PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. CONDENAÇÃO MANTIDA. “[...] a jurisprudência deste Tribunal Superior, que firmou entendimento de que o crime previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/93 é crime de mera conduta, no qual não se exige dolo específico de fraudar o erário ou causar efetivo prejuízo à Administração Pública,

bastando, para sua configuração, que o agente dispense licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixe de observar as formalidades pertinentes à dispensa [...]” (Agravamento Regimento no Agravamento de Instrumento n. 1.367.169/PR, rel. Mina. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 27/3/2012). DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA O DISPOSTO NO ART. 90 DA LEI N. 8.666/93. INVIABILIDADE DE FRUSTRAÇÃO OU FRAUDE DO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO, POIS SEQUER INICIADO O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. ADÍLCIO E NELSOLI. APLICAÇÃO, DE OFÍCIO, DA EMENDATIO LIBELLI. REENQUADRAMENTO DAS CONDUTAS IMPUTADAS AO EX-PREFEITO. APLICAÇÃO DO DECRETO LEI N. 201/67 (ART. 1º, XI E § 1º) EM DETRIMENTO DA LEI N. 8.666/93 (ART. 89). OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. EXTENSÃO DOS EFEITOS AO COAUTOR (ART. 29 DO CÓDIGO PENAL). POR CONSEQUENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUANTO AOS CRIMES DESCRITOS NO ART. 1º, XI E § 1º, DO DECRETO LEI N. 201/67. RECONHECIMENTO, *EX OFFICIO*, DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, NA FORMA RETROATIVA. FLUÊNCIA DO LAPSO TEMPORAL SUPERIOR AO LIMITE LEGAL DE 2 (DOIS) ANOS ENTRE A DATA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E DATA DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PREJUDICIALIDADE DOS APELOS DE ADÍLCIO E NELSOLI QUANTO AOS REFERIDOS FATOS. (TJSC, Apelação Criminal n. 2011.072415-9, de Laguna, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 24-04-2012).

De outro norte, não se pode coadunar com a alegação de que a licitação poderia ser dispensada porque a empresa contratada era a única no ramo em Joinville, porquanto tal argumento não ficou evidenciado nos autos.

Sobre a questão, aliás, cumpre destacar a fundamentação do Magistrado *a quo*:

[...] bastante crível que a vultosa verba destinada ao evento – mais de meio milhão de reais, isto no contexto econômico de 1998 – tornasse a contratação com o Poder Público ainda mais atrativa. Logo, poderiam outras produtoras de eventos, além daquela contratada sem licitação, alcançar o Município de Joinville, efetivando os postulados da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração (art. 3º da Lei nº 8.666/93), donde se vislumbra inequívoca a viabilidade de competição, tornando, portanto, exigível o certame [...] (fls.).

Em relação ao argumento de que inexistiu o crime previsto no art 89, porquanto não existiu dano ao erário, tendo em vista que o evento artístico efetivamente foi realizado, não merece prosperar.

Isso porque não se exige, para a consumação do crime em comento, a lesão efetiva ao bem jurídico protegido, qual seja, o erário público, uma vez que a simples dispensa do procedimento licitatório, quando exigido, configura a conduta delitativa, mesmo porque a licitação existe para assegurar o interesse público, que foi atingido com a irregularidade apontada.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE DOLO. SÚMULA N.º 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TIPO PREVISTO NO ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. DELITO DE MERA CONDUTA. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N.º 83 DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A argüida ofensa ao art. 24, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, carecendo a matéria do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial.

Incidência das Súmulas n.ºs 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. Quanto à tese defensiva relativa à inexistência de dolo, verifica-se que o Tribunal de origem, soberano na análise fático-probatória, concluiu, de forma clara, que a conduta do agente foi dolosa, tendo o Réu plena consciência e vontade de perpetrar o delito do art. 89 da Lei n.º 8.666/93. Nesse contexto, a revisão do julgado implicaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do Enunciado n.º 07 da Súmula desta Corte.

3. No tocante à alínea c do permissivo constitucional, a decisão recorrida encontra-se de acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, que firmou entendimento de que o crime previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/93 é crime de mera conduta, *no qual não se exige dolo específico de fraudar o erário ou causar efetivo prejuízo à Administração Pública, bastando, para sua configuração, que o agente dispense licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixe de observar as formalidades pertinentes à dispensa. Aplicação da Súmula n.º 83 desta Corte.*

4. Não tendo o Agravante trazido tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, mantenho, na íntegra, a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1367169/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 03/04/2012)

Sendo assim, por tudo o que foi anteriormente esposado, nega-se provimento ao recurso no ponto.

Em relação à dosimetria, destaca-se que merece reparos, de ofício.

Isso porque, na primeira fase de aplicação da pena, o Magistrado *a quo* majorou a reprimenda em função das circunstâncias do crime, sob o fundamento de que “as circunstâncias militam desfavoravelmente ao réu, pois lhe incumbia o dever de cautela e prudência redobradas em face do significativo valor do contrato em questão (R\$ 551.614,00 em 15/08/1998)” (fl. 123).

As circunstâncias do crime, segundo leciona o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt,

[...] defluem do próprio fato delituoso, tais como forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes. Não se pode ignorar que determinadas circunstâncias qualificam ou privilegiam o crime ou, de alguma forma, são valoradas em outros dispositivos, ou até mesmo como elementares do crime. Nessas hipóteses, não devem ser avaliadas neste momento, para evitar a dupla valoração (Tratado de Direito Penal, parte geral, vol. 1, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, p. 667).

Denota-se, portanto, que a fundamentação utilizada na r. sentença não pode prevalecer, tendo em vista que o “significativo valor do contrato” não pode ser considerado apto a majorar a reprimenda, sob a justificativa de que as circunstâncias do crime são desfavoráveis. Explica-se.

A reprovabilidade da conduta, nos moldes do que foi fundamentado, é tratado na esfera da culpabilidade e não nas circunstâncias do crime, resultando na exclusão do aumento, de modo que a pena-base deve ser fixada no mínimo legal.

Nas demais fases da dosimetria, tendo em vista que não se constatou nenhuma agravante, atenuante ou causa de aumento e de diminuição, a pena deve ser determinada, definitivamente, em 3 anos de detenção.

Diante de todo o exposto, nega-se provimento ao recurso e, de ofício, reduz-se a pena para 3 anos de detenção, mantidas as demais cominações da sentença, porque corretamente aplicadas.

É o voto.

Apelação Criminal n. 2013.028017-2, de Camboriú

Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PECULATO-APROPRIAÇÃO PRATICADO POR ESCRIVÃ *AD HOC* (ART. 312, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

SUPPLICADA A ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. AGENTE QUE, NA QUALIDADE DE ESCRIVÃ *AD HOC* DA POLÍCIA CIVIL, APROPRIOU-SE DE CINCO AUTOS DE PRISÃO EM FLAGRANTE E DOS RESPECTIVOS VALORES DAS FIANÇAS, EM PROVEITO PRÓPRIO. DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS ALIADOS AO CONTEXTO PROBANTE DA CONDUCTA DELITIVA, OS QUAIS ATESTAM A PRÁTICA NARRADA NA PEÇA ACUSATÓRIA. TESE DEFENSIVA ISOLADA, SEM RESPALDO PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

RESTITUIÇÃO DOS VALORES APROPRIADOS. IRRELEVÂNCIA. CRIME FORMAL. INEXIGIBILIDADE DE OBTENÇÃO DE VANTAGEM ILÍCITA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR NÃO CONFIGURADO. AGENTE QUE DEPOSITA O VALOR APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. TESE DEFENSIVA AFASTADA.

DOSIMETRIA PENAL. ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO QUE NÃO PODEM SER UTILIZADAS PARA EXASPERAR A PENA DA APELANTE. PENA BASE APLICADA NO MÍNIMO. CONTINUIDADE DELITIVA. CINCO FATOS. APLICAÇÃO DO PATAMAR DE 1/3 DE AUMENTO. PENA APLICADA EM 2 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO E 13 DIAS-MULTA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2013.028017-2, da comarca de Camboriú (Vara Criminal), em que é ape-

lante Eliane de Fátima Bueno da Silva, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento e, de ofício, adequar a pena. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desa. Salete Silva Sommariva (Presidente) e Des. Sergio Rizelo. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Durval da Silva Amorim.

Florianópolis, 29 de abril de 2014.

Volnei Celso Tomazini

RELATOR

RELATÓRIO

No Juízo da Vara Criminal, comarca de Camboriú, Eliane de Fátima Bueno da Silva foi denunciada como incurso nas sanções do art. 312 do Código Penal, pelos fatos assim narrados na peça acusatória:

“Segundo se apurou, no período compreendido entre maio e outubro de 2008, a denunciada Eliane de Fátima Bueno da Silva exercia as funções de escrivã da polícia civil, na delegacia de polícia desta Comarca de Camboriú. Nesta condição era responsável pelo encaminhamento dos procedimentos policiais ao Fórum de Camboriú, com os respectivos objetos e valores apreendidos.

Ocorre que, os procedimentos de nºs 102/08, 129/08, 158/08, 201/08 e 202/08 não foram encaminhados a este Fórum, tampouco os valores apreendidos, todos referentes ao pagamento de fiança.

A denunciada Eliane de Fátima Bueno da Silva presidiu todos os procedimentos suso mencionado, sendo, como dito alhures, responsável pela entrega

dos procedimentos e dos valores recolhidos. No entanto, a denunciada, ao invés de entregá-los a este Juízo, os destruiu, e, tendo a posse do dinheiro em razão do seu cargo, apropriou-se dos valores pagos a título de fiança, os quais somam a quantia de R\$ 2.460,00 (dois mil quatrocentos e sessenta reais)” (fls.II-III).

Concluída a instrução criminal, a MMA Juíza de Direito julgou procedente o pedido formulado na denúncia, pelo que condenou à ré à pena de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, por infração ao art. 312 do Código Penal, sanção substituída por duas penas restritivas de direitos (fls. 567-575).

Inconformada, a ré interpôs o presente recurso de apelação. Postulou a absolvição, sob o argumento de insuficiência de provas do dolo e de falta de prejuízo ao erário (fls. 585-589).

Após as contrarrazões (fls. 590-597), os autos ascenderam a esta Corte.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes, que opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 606-612).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Eliane de Fátima Bueno da Silva contra a sentença proferida pela Magistrada da Vara Criminal, comarca de Camboriú, que na ação penal de autos n.113.09.081525-6, condenou a ré à pena de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, por infração ao art. 312 do Código Penal, sanção substituída por duas penas restritivas de direitos.

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, passa-se ao exame do mérito do reclamo.

Narra a denúncia que, na condição de escrivã *ad hoc* da delegacia de polícia da comarca de Camboriú, a acusada apropriou-se dos valores referentes às fianças prestadas nos procedimentos de números 102/08, 129/08, 158/08, 201/08 e 202/08, os quais deixaram de ser encaminhados ao Fórum, sendo, supostamente, destruídos pela ré.

Dado o cargo ocupado pela ré à época, escrivã *ad hoc* da polícia civil, Eliane se enquadra no conceito de funcionária pública por equiparação, uma vez que exercia função pública, ainda que temporariamente.

O Código Penal dispõe obre o tema:

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

Por tais motivos, a ré foi condenada em primeira instância pela conduta tipificada no art. 312 do Código Penal, *verbis*:

Peculato

Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Quanto aos fatos descritos na denúncia, a materialidade do delito é certa. Serve para demonstrá-la o termo de apreensão de fl. 9, que exhibe a cópia dos APF's de n. 129/08, 158/08, 201/08 e 202/08, além dos depoimentos colhidos.

Da mesma forma, a autoria do crime está suficientemente demonstrada pelos depoimentos colhidos ao longo da instrução criminal.

Na fase judicial, a testemunha Miriam Maus relatou o ocorrido, uma vez que foi a responsável por realizar o levantamento dos procedimentos que deixaram de ser encaminhados ao Fórum da comarca. Veja-se:

“[...] que houve um comentário na delegacia de que alguns procedimentos não teriam dado entrada no Fórum; que fez o levantamento e foi confirmado que realmente tinha um daqueles quatro ou cinco que tinha vindo a comunicação do flagrante só e o restante não tinha nem dado entrada de nada; que todos eles tinham fianças; que o dinheiro da fiança tinha sumido e não havia nem os originais, nem as cópias, nem os valores; que a ré atuava como escritã *ad hoc*; nos livros dos procedimentos, constava que a ré era a escritã responsável; que a ré disse que havia entregue os documentos, mas não mostrou prova disso; que pelo que tomou conhecimento, eles não foram entregues; que foi um levantamento que fez com a Rita no Fórum; que conversou com a Rita e ela disse que do Fórum não era a rubrica; que quando a ré fez a entrega de tudo que tinha no cartório dela, a depoente encontrou, se não se engana, cinco segundas vias originais dos flagrantes; que confirma o depoimento dado na Corregedoria; que quando a depoente recebia fiança, o dinheiro ficava consigo e depois encaminhava para o Fórum; que se fosse final de semana, deixava no cofre da delegacia e depois eu pegava de volta e entregava no fórum [...] (CD de fl. 482).

No mesmo sentido é o depoimento judicial de Rita Gobbato Zambotti, funcionária do Fórum, segundo seu relato,

“[...] nenhum servidor do Poder Judiciário reconheceu como sua a rubrica presente no livro de protocolos. Declarou, ainda, dentre outras palavras, que foi mobilizada pelo funcionário Marcelo que na época trabalhava na Delegacia Central indagando sobre uns APF's; que fez a verificação, seja pelo núme-

ro da delegacia, seja pelo nome da pessoa envolvida, e não achou nada; não me lembra se eram quatro ou cinco processos; que foi solicitada uma certidão e assim o fez; que nada havia sobre aquelas pessoas tramitando em Juízo; que posteriormente foi chamada para prestar depoimento na delegacia perante um Delegado Corregedor e informou que até aquela data os procedimentos não tinham chegado ao Fórum; (...) que em princípio não identificou a assinatura e indagou para a distribuição que normalmente é o setor que assina o livro da delegacia e ali ninguém reconheceu a assinatura; que pensou na possibilidade de ter recebido no plantão pela Comarca de Balneário Camboriú e também não era a assinatura da servidora plantonista, que era a escrivã da 1ª Vara Criminal; que a assinatura não era conhecida de ninguém; que o funcionário da delegacia entregava o flagrante no plantão, mas ficava com o dinheiro da fiança, a fim de que o escrivão do cartório do Fórum não ficasse com aquele dinheiro; que a delegacia ficava responsável até a segunda-feira; que chegou a receber flagrantes da ré, de policiais, de quem pudesse levar; (...) Que aconteceu algumas vezes o pessoal da delegacia lhe procurar desconfiados de que o procedimento estivesse no Fórum e o livro de procedimento estar com a data ou com o recebimento em branco; que então ela fazia a verificação e se os procedimentos estivessem no Fórum, a depoente assinava o livro; que os procedimentos ora tratados, não estavam no Fórum; (...) que houve uma portaria do Juiz de Balneário responsável pelo plantão que os bens e valores apreendidos deveriam ficar sob a responsabilidade da delegacia até a abertura do Fórum, no caso de plantão; que acredita que ficavam sob a responsabilidade da escrivã da polícia; (...)" (CD de fl. 482)

Diante dessas provas, portanto, verifica-se que Eliane, à época dos fatos, cumpria as funções de escrivã *ad hoc* na delegacia de Camboriú, de modo que era a funcionária responsável pela confecção e encaminhamento dos procedimentos de flagrante ao Fórum da comarca e, por consequência, da entrega dos valores pagos a título de fiança.

Ainda que o setor de distribuição fosse responsável pelo envio dos procedimentos ao Fórum, o não recebimento dos referidos procedimentos pelo judiciário, bem como o sumiço dos originais e dos respectivos valores, são fatos que competiam ao cargo exercido pela acusada, ainda que temporariamente.

Patrícia Evaristo Cani, também escrivã da delegacia à época dos fatos, corroborou a informação de que a acusada negligenciou o controle de alguns procedimentos. Em seu depoimento judicial, relatou:

“(...) que a ré era escrivã ‘*ad hoc*’ na época, pois era contratada e cedida pela Prefeitura; que a ré era a responsável pelo setor de alvará e liberação de veículos também; (...) que volta e meia como escrivã consultava os seus procedimentos para ver se tinha o recebimento do Fórum; que volta e meia olhava e realmente estavam alguns em branco no livro de APF; que dizia para a ré ‘Eliane, se não tem o recebimento, providencie’; que ela respondia que ainda estava no seu prazo; que chegou a chamar a atenção dela por isso; que posteriormente ficou apurado que estes procedimentos não chegaram ao Fórum; (...) que a escrivã Miriam fez o levantamento e verificou os procedimentos estavam em branco; que somente depois ela percebeu as rubricas eram parecidas, mas não eram as do Fórum (...) que ratifica a sua assinatura no depoimento de fls. 146/147; que era comum os escrivães elaborarem um relatório com o levantamento dos objetos e procedimentos que possuíam consigo quando saíam da delegacia; que a distribuição era responsável pelo encaminhamento ao fórum, mas a escrivã tem um livro de protocolos no qual deve constar o controle do que foi pra distribuição; que a depoente não sabe se a ré estava com os procedimentos quando foi questioná-la sobre o recebimento (...)” (CD de fl. 482)

De acordo com as investigações realizadas à época, a demanda de trabalho na Delegacia de Camboriú era superior ao suportado pelos funcionários efetivos, o que ensejou que a Prefeitura cedesse alguns funcionários contratados para realizarem serviços na Delegacia, como era o caso da apelante.

Ocorre que, além do desaparecimento dos procedimentos ora investigados, a Delegacia de Camboriú foi, à época, alvo de investigações referentes a diversas irregularidades. Tanto é verdade que o delegado corregedor determinou a realização de um levantamento dos procedimentos

em trâmite na Delegacia, o que foi realizado pelo Delegado Fábio Moreira Osório, assim que assumiu o cargo, antes ocupado pelo delegado Gilberto Cervi Silva.

Sobre o levantamento, bem como sobre a relação de procedimentos não recebidos pelo Fórum, o Delegado Fábio Moreira Osório relatou, em juízo:

“(...) quando assumiu em Camboriú o delegado regional na época solicitou que fosse feito um levantamento sobre todos os procedimentos que estavam em trâmite na DPCO de Camboriú; que entraram em contato com o Fórum da comarca e descobriram que quatro, cinco ou três APF’s não tinham sido aforados; que não sabe se esses procedimentos existiram, pois acha que foram lavrados antes da sua chegada; que tem conhecimento que um dos APF’s é o caso de embriaguês ao volante cujo autor do fato foi ao Fórum querendo saber se estava sendo processado; que foi informado no Fórum que não havia nada em seu desfavor; que a pessoa compareceu na delegacia; que então resolveram fazer o levantamento; que prestou cinco vezes declarações na Corregedoria sobre tudo o que ocorreu naquela época; que reconhece como sua a rubrica e assinatura do termo de depoimento prestado na Corregedoria; (...) *que houve pagamento de fiança; que esses procedimentos foram registrados no livro; que até tinha uma assinatura, em tese, de um servidor do Poder Judiciário que teria efetuado o recebimento mas foram até o Fórum e constataram que não era verdadeira; (...) que a ré tinha acesso ao dinheiro recolhido por meio da fiança; que havia somente dois escrivães de carreira, os quais trabalhavam vinte e quatro horas direto e nas outras quarenta e oito que era para ser folga eles faziam expediente; que não tinham escrivães para fazer escala; que os servidores da prefeitura infelizmente exerciam a função de escrivão ad hoc, que era o caso da ré; que enquanto escrivã ad hoc, ela fazia o recolhimento de fiança; (...) que a ré trabalhou com o depoente dois ou três meses; que ela era funcionária da prefeitura; (...) que já havia uma suspeita que a ré não tivesse seu contrato prorrogado; que havia suspeita de desvio de dinheiro, liberação de veículos, de práticas ilegais; que os pagamentos de fianças eram feitos em espécie”* (CD de fl. 500 – grifou-se)

No mesmo sentido, foram as declarações prestadas pela testemunha Mariana Lebarbechon Macedo:

“que prestou depoimento para a Corregedoria; que confirma como sua a assinatura no termo de fls. 7-9 da precatória; que trabalhou com a denunciada; que trabalhava na distribuição da Delegacia de Camboriú; que Eliane trabalhava no setor de alvará, liberação de veículo e também fazia escala como escrivã; que na distribuição era responsável pela elaboração do mapa mental que era de ver quantos procedimentos foram instaurados e remetidos ao Fórum; que para isso pegava os livros dos procedimentos, verificava o número que tinha sido instaurado e se o mesmo número havia sido remetido ao Fórum; *que num desses meses viu que tinha um procedimento em aberto e foi conversar com Eliane e ela disse que estava dentro do prazo para encaminhar o procedimento; que às vezes a escrivã encaminhava só a notícia; que conversou com a Rafaela e ela disse que já tinha passado do prazo do procedimento ir para o Fórum; que comunicou ao delegado, o qual disse que era para cobrar novamente de Eliane; que logo em seguida a Delegacia Regional encaminhou um ofício ao Delegado solicitando providências a respeito desse procedimento porque parece que tinham sido informados de que não havia sido encaminhado ao Fórum; ...* Que a escrivã Mirian Maus, que é mais experiente, foi fazer o levantamento e descobriu que tinha um procedimento que constava como entregue no Fórum de Camboriú, mas ele não estava lá; *que imitaram uma assinatura parecida do Fórum; que o escrivão do Fórum disse que não era dele a assinatura e aceitava fazer perícia para comprovar isso; ... que foram quatro APF's de 2008 e um de 2009;* que quando questionaram ela da primeira vez ela disse que estava dentro do Fórum; que depois quando questionaram pela segunda vez ela disse que iria verificar no livro de protocolo dela quem tinha recebido esse APF porque ela já não sabia mais se ela tinha deixado no comissariado, se ela tinha entregue; ... que o livro de protocolo ela disse que tinha perdido; que ela dizia que tinha entregue e aquela era a assinatura; ... Que sabia que os procedimentos eram com fiança... Que a chave de seus cartórios só o escrivão tinha; que quando o escrivão entrava de férias tinha que entregar a chave para o delegado; ...Que como não tinha mais ninguém era a ré responsável pelo encaminhamento.” (CD de fl. 532)

Conclui-se, portanto, que Eliane confeccionou os referidos procedimentos e deixou de encaminhá-los à distribuição. Assim, quando questionada acerca dos procedimentos, tanto pela responsável pela distribuição quanto pelas demais escrivãs, a ré alegou que eles estavam no prazo para serem entregues no Fórum. Ocorre que, logo em seguida, as assinaturas de recebimento foram inseridas no livro, sem que os procedimentos fossem realmente encaminhados ao Fórum da comarca, haja vista nenhum dos funcionários de lá ter reconhecido como sua a assinatura constante no livro.

A ré Eliane de Fátima Bueno da Silva, por sua vez, negou os fatos quando interrogada em juízo. Em seu interrogatório, afirmou:

“que possui a renda mensal de mil reais; que tem filhos que moram com a interroganda; (...) que não é verdadeira a acusação; que trabalhava como escrivã *ad hoc*; que não presidia os procedimentos, sendo que quem presidia os procedimentos era o delegado; que não era responsável para mandar para o fórum, mas apenas para mandar para a distribuição; (...) que a fiança ficava consigo, até terminar o procedimento e encaminhar para a distribuição levar para o Fórum; (...) que viu que consta a sua assinatura nos procedimentos sob questão; *que era sempre a distribuição que levava o flagrante ao Fórum*; (...) Que não sabe explicar porque os procedimentos não apareceram; que não sabe quem se apropriou do dinheiro, nem o que foi feito e nem de quem é a responsabilidade; ... que o livro de protocolo foi assinado por alguém que não sabe” (CD de fls. 546).

Por outro lado, necessário confrontar o interrogatório da ré em juízo com aquele prestado na Corregedoria da Polícia Civil. A versão sustentada pela ré na Delegacia não é compatível, no todo, com aquela apresentada em juízo, pois lá afirmou “*que todos os funcionários desta delegacia, policiais civis ou contratados, levavam procedimentos para recebimento no Fórum; que a interroganda também realizava referido serviço*” (fl. 266).

Tal afirmativa, entretanto, é compatível com as informações prestadas em juízo pelos demais funcionários da Delegacia de Camboriú, especialmente as escrivãs, as quais afirmaram que alguns procedimentos eram encaminhados pessoalmente ao Fórum pela escrivã responsável.

Diante de tamanha contradição, a justificativa apresentada pela acusada não merece prosperar. É que afora sua duvidosa plausibilidade, apresenta-se desprovida de suporte probatório, não passando, pois, de mero subterfúgio para se eximir da responsabilidade criminal.

De fato, a apelante prestava serviços de modo irregular na Delegacia de Polícia e, como o próprio Delegado Fábio Moreira Osório relatou, em juízo, havia graves suspeitas sobre o trabalho realizado pela ré, chegando-se a questionar a idoneidade de seus atos, pelo que não teve sequer seu contrato com a Prefeitura prorrogado.

Percebe-se, assim, que a tese da apelante de que desconhece o que aconteceu com os procedimentos e os respectivos valores, além da alegação de que não houve dolo em sua conduta, é incoerente com os demais depoimentos, já que foi questionada acerca dos APF's por diversas vezes, por mais de um funcionário, de modo que sua responsabilidade pelo não encaminhamento ao Fórum era inquestionável.

Diante disso, a apropriação dos valores, ao que parece, foi a motivação da ré para não entregar os procedimentos no Fórum, haja vista o fato de que não se verificou nenhuma relação entre a ré e os investigados nos APF's.

Por conseguinte, tendo a apelante indevidamente se apropriado de dos procedimentos originais e das fianças arrecadadas no local em que exercia a função de escrivã *ad hoc*, sobressai a perfeita subsunção da conduta da autora ao tipo pelo qual foi denunciada, motivo pelo qual a manutenção do decreto condenatório é medida de rigor.

Esse, aliás, é o entendimento desta Corte:

PECULATO - ESCRIVÃ DE POLÍCIA - APROPRIAÇÃO DE VALORES REFERENTES À CONFECÇÃO DE CARTEIRAS DE IDENTIDADE - PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA INCRIMINADA PARA A DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA - IMPOSSIBILIDADE - SUBSUNÇÃO FÁTICA AO CRIME DO ART. 312 DO CP, MORMENTE PELA CONDIÇÃO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO EXERCIDA PELA INCONFORMADA - REPASSE DA QUANTIA PARA TERCEIRA PESSOA NÃO DENUNCIADA E DÚVIDA QUANTO À ENTREGA DA IMPORTÂNCIA À RÉ EM CINCO DOS ONZE FATOS DESCRITOS - ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. CONCUSSÃO - POLICIAL QUE NÃO EXIGIA O RECOLHIMENTO DO TRIBUTO DEVIDO AO RELACRE DE VEÍCULOS E ORIENTAVA OS INTERESSADOS A EFETUAR O PROCEDIMENTO EM OFICINA PARTICULAR - ELEMENTOS DE CONVICÇÃO QUE NÃO DEMONSTRAM A EXIGÊNCIA DE VANTAGEM INDEVIDA POR PARTE DA INCRIMPADA MAS SIM DE TERCEIRO - AUSÊNCIA DE ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO PENAL - ABSOLVIÇÃO DEVIDA. CONCUSSÃO - REALIZAÇÃO DE COBRANÇAS DE DÍVIDAS EM REPARTIÇÃO POLICIAL - ALMEJADA DESCLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - INVIABILIDADE - AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA - RECONHECIMENTO INEQUÍVOCO DAS VÍTIMAS ACERCA DA EXISTÊNCIA DE SEUS DÉBITOS JUNTO AO COMÉRCIO LOCAL - VANTAGEM INDEVIDA AUSENTE - OPERADA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE ADVOCACIA ADMINISTRATIVA, ANTE A DESCRIÇÃO IMPLÍCITA NA DENÚNCIA - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELA PENA EM ABSTRATO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PECULATO - UTILIZAÇÃO DE VIATURA OFICIAL PARA A VENDA DE ROUPAS - NEGATIVA DE AUTORIA - VERSÃO DE MERA PRESTAÇÃO DE CARONA A PARTICULAR - CONDENAÇÃO COM BASE EM PROVA COLHIDA NO INQUÉRITO POLICIAL NÃO GIZADA POR OUTRAS PRODUZIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO - VEDAÇÃO - ABSOLVIÇÃO DECRETADA. DOSIMETRIA - ADEQUAÇÃO - TRANSMUDAÇÃO DO REGIME

DE CUMPRIMENTO PARA O SEMI-ABERTO - PERDA DE CARGO - SANÇÃO ADEQUADA E DEVIDAMENTE MOTIVADA NO DECISUM.APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2005.034678-1, de Campos Novos, rel. Des. , j. 17-01-2006).

E também:

DELITO PRATICADO POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO EQUIPARADO, CONTRA A ADMINISTRAÇÃO - PECULATO (CP, ART. 312, *CAPUT*) - TITULAR DA ESCRIVANIA DE PAZ QUE SE APROPRIA DOS VALORES DESTINADOS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS E DA TAXA DO FUNDO DE REAPARELHAMENTO DA JUSTIÇA, DANDO QUITAÇÃO NO INSTRUMENTO PÚBLICO DE ALIENAÇÃO - PROVAS MATERIAIS E TESTEMUNHOS QUE CORROBORAM A ACUSAÇÃO - FARTO ACERVO INDICIÁRIO QUE AUTORIZA O DECRETO CONDENATÓRIO. [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 2004.035121-5, de Brusque, rel. Des. Irineu João da Silva, j. 26-04-2005).

Uma vez configurado o delito, necessário tratar da alegação defensiva de falta de prejuízos ao erário, uma vez que a apelante depositou o valor de R\$ 3.288,04 (três mil duzentos e oitenta e oito reais e quatro centavos) em favor do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a título de ressarcimento, conforme documento de folha 453.

Ocorre que o delito de peculato é crime formal e, para a sua configuração, é dispensável a obtenção de vantagem indevida pelo agente, de modo que o ressarcimento dos valores apropriados poderia importar, apenas, na diminuição da pena, em decorrência de arrependimento posterior da apelante. Todavia, tal instituto, previsto no artigo 16 do Código Penal atesta que *“nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da de-*

núncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”.

Assim, sabendo-se que o ressarcimento foi efetuado após o recebimento da denúncia, na data de 18/11/2010, irrelevante a sua realização no presente caso, para fins de diminuição de pena.

Nesse sentido, já foi decidido:

PROCESSO-CRIME CONTRA PREFEITO MUNICIPAL - PECULATO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE DILIGÊNCIAS NA FASE DO ART. 499 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - REQUERIMENTOS DESNECESSÁRIOS E COM INTUITO MERAMENTE PROTETATÓRIO - PRELIMINAR RECHAÇADA PECULATO - ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI N. 201/66 - PAGAMENTO EFETUADO A MAIOR A EMPRESA PRIVADA, COM VALOR DIVERSO DAQUELE CONSTANTE DAQUELE ORÇADO NA CARTA-CONVITE E NA RESPECTIVA NOTA DE EMPENHO - POSTERIOR DEPÓSITO, EM DUPLICIDADE, DE QUANTIA IDÊNTICA AO SOMATÓRIO DAS NOTAS FISCAIS, EM FAVOR DO MESMO ESTABELECIMENTO - IRREGULARIDADE ADMITIDA NO INTERROGATÓRIO E NO DEPOIMENTO DE TESTEMUNHAS - PROVA DOCUMENTAL COMPROVANDO *A MATERIALIDADE - DEVOLUÇÃO DO VALOR NOMINAL, QUASE DOIS MESES APÓS - IRRELEVÂNCIA - DESNECESSIDADE, PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO, DE EFETIVA OBTENÇÃO DE VANTAGEM ILÍCITA* [...] (TJSC, Processo Crime n. 2004.024546-7, de Içara, rel. Des. Souza Varella, j. 15-05-2007 – grifo nosso).

No que tange à dosimetria da pena do delito praticado pela apelante (arts. 312 do Código Penal), observa-se que a reprimenda comporta alguns reparos.

A Magistrada de primeiro grau assim aplicou a reprimenda da acu-

sada:

“Analisando-se as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que a ré era imputável ao tempo dos fatos descritos na denúncia, tinha plenas condições mentais de entender o caráter ilícito de sua conduta, além do que era exigível que se comportasse de maneira diversa, o que demonstra sua culpabilidade. A ré não registra antecedentes criminais. Sobre sua conduta social e personalidade não foram colhidos elementos suficientes. Os motivos foram inerentes ao tipo penal. *Quanto às circunstâncias, devem ser consideradas graves, diante da importante da função desempenhada pela acusada e das responsabilidades atinentes ao cargo de escrivã de polícia. As consequências são graves, eis que os Autos de Prisão em Flagrante sequer foram encaminhados à Justiça, o que impediu a persecução criminal dos autores dos fatos, e que R\$ 2.460,00 recolhidos dos autuados a título de fiança deixaram de ser repassados aos cofres públicos.* Não há que se falar em comportamento da vítima no caso em exame. Assim, tendo em vista duas circunstâncias desfavoráveis, fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Na segunda fase, inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes a serem sopesadas, razão pela qual mantenho a pena no mesmo patamar anterior.

Na terceira fase, também não há causas de especial aumento ou de diminuição de pena, razão pela qual fixo a pena concreta em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Continuidade delitiva

Reconheço a continuidade delitiva, na forma do art. 71 do Código Penal, considerando que a ré praticou peculato em cinco Autos de Prisão em Flagrante (n^{os} 129/08, 158/08, 201/08 e 202/08), entre os meses de maio e outubro de 2008, ou seja, cometeu cinco crimes da mesma espécie em situações de tempo e lugar semelhantes e mediante o mesmo modus operandi. Diante do número de delitos praticados, aumenta-se 1/3 (um terço) da pena de um só dos crimes, fixando-a em definitivo em 3 (três) anos, 6 (seis) mês e 20 (vinte) dias e ao pagamento de 17 (dezessete) dias-multa. (fls. 573-574)

Ocorre que a aplicação da pena-base acima do mínimo legal em

decorrência das circunstâncias e das conseqüências do delito não pode ser mantida. Isso porque o argumento de que, diante da importante da função desempenhada pela acusada e das responsabilidades atinentes ao cargo de escrivã de polícia, a ré tinha o dever de agir de modo diferente é insuficiente para agravar a situação da ré, uma vez que o fato de a ré desempenhar função pública já foi contemplada no tipo pelo qual foi denunciada (art. 312 do Código Penal).

Na mesma esteira, o aumento referente às conseqüências não deve ser mantido, haja vista que, pelo que pôde ser avaliado dos depoimentos prestados, os procedimentos, ainda que apenas suas cópias (2ª via) foram encaminhados ao Fórum após o levantamento realizado na Delegacia, fato que demonstra que o prejuízo não ultrapassou a normalidade do tipo penal em questão.

Assim, diante da fundamentação inidônea utilizada para exasperar a pena, a pena-base da ré deve ser aplicada no mínimo legal, qual seja, 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Ausentes agravantes e atenuantes, bem como causas de aumento e de diminuição, mantém-se a pena em seu mínimo legal.

Relativamente à continuidade delitiva, considerando que a ré praticou peculato em cinco Autos de Prisão em Flagrante (nºs 102/08, 129/08, 158/08, 201/08 e 202/08), mantém-se o aumento operado na sentença de primeiro grau, ou seja, exaspera-se a pena em 1/3.

A propósito, cita-se:

“Nesta Corte, já se tornou pacífico o critério de vincular o acréscimo relativo à continuidade delitiva ao número de crimes. Em se tratando de dois delitos (1 + 1), o aumento será o de 1/6 (um sexto) sobre a pena imposta ao mais grave. Quando forem três crimes (1 + 2), será de 1/5 (um quinto), quando forem quatro (1 + 3), será de 1/4 (um quarto), cinco (1 + 4), será de 1/3 (um

terço), seis (1 + 5), a 1/2 (metade), e, por fim, de 2/3 (dois terços), quando forem sete ou mais (1 + 6)'. (Apelação Criminal n. 2003.011233-2, de Ituporanga. Relator: Des. Irineu João da Silva)" (ACrim n. 2010.028091-5, rel. Des. Hilton Cunha Júnior, j. 19.7.11).

Dessa maneira, a pena definitiva da ré deve ser fixada em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa.

Em razão do *quantum* da pena, mantém-se o regime aberto de cumprimento da pena e substitui-se a pena nos termos da sentença.

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso e, de ofício, diminuir a pena da apelante para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

É o voto.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL

Apelação Criminal n. 2014.007806-8, de Chapecó

Relator: Des. Ernani Guetten de Almeida

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. NEGATIVA DE RESTITUIÇÃO. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. ART. 168, § 1º, II DO CÓDIGO PENAL. ALMEJADO PERDÃO JUDICIAL. INVIABILIDADE. INSTITUTO APLICÁVEL SOMENTE ÀS HIPÓTESES EXPRESSAMENTE PREVISTAS EM LEI. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO EM RAZÃO DA VÍTIMA, SUPOSTAMENTE, TER PRATICADO O DELITO DE FALSO TESTEMUNHO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO COM O FATO TÍPICO IMPUTADO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. RÉU QUE CONFESSA A PRÁTICA DELITIVA. ADEMAIS, AINDA QUE A VÍTIMA TIVESSE COMETIDO O SUPOSTO CRIME, TAL FATO NÃO ISENTARIA O RÉU DE SUA RESPONSABILIDADE PENAL. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2014.007806-8, da comarca de Chapecó (2ª Vara Criminal), em que é apelante Nilo Poletto, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Des. Rui Fortes, e dele participaram os Excelentíssimos Srs. Des. Leopoldo Augusto Bruggemann e Des. Rui Fortes. Lavrou parecer pela

Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Excelentíssimo Sr. Dr. Genivaldo da Silva.

Florianópolis, 27 de maio de 2014.

Ernani Guetten de Almeida

RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público Estadual ofereceu denúncia em desfavor de Nillo Poletto, pela prática do ilícito previsto no art. 168, § 1º, inciso II do Código Penal.

Narra a peça acusatória que:

“Segundo apurado no presente procedimento investigatório, consta a existência de ação de execução por quantia certa contra devedor solvente intentada à época pelo denunciado NILO POLETTTO em face de “Frigorífico Nardi Ltda.” e outros, então autuada sob o nº 01802000118-2.

Pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Chapecó-SC fora expedido à época “mandado de remoção”, determinando a remoção dos bens constantes da relação, deixando-os em depósito da pessoa mencionada, a transcrever:

Rol de bens e depositário

Bens: 66 (sessenta e seis) semoventes bovinos de diversas raças..., de propriedade do executado Romeu Luiz Nardi,...

Depósito: Os semoventes deverão ser depositados com o credor, Sr. NILO POLETTTO...

Por sua vez, no dia 19 de dezembro de 2002, o oficial de justiça, em cumprimento ao mandado judicial, procedeu a devida remoção compreendendo 66 (sessenta e seis) semoventes bovinos de diversas raças, de propriedade do executado Romeu Luis Nardi, lavrando-se inclusive respectivo auto de remoção, consignando que “logo após depusitei os mesmos em mão do autor

Nilo Poletto que aceitou o encargo, de fiel depositário, sob as penas da lei. (documento de fl.5, verso).

Na sequência, julgado os embargos à execução, o Juízo da Primeira Vara Cível da Comarca de Chapecó-SC “verificou que o executado Romeu é parte legítima para figurar no feito no polo passivo”, extinguindo o processo e determinando o levantamento das condições (decisão judicial de fl. 6).

Na sequência, expedido o mandado de intimação à pessoa do denunciado NILO POLETTTO para promover “a devolução em favor do Sr. Romeu Nardi... das reses que encontram-se sob seu depósito, sob pena de configuração de ato atentatório à dignidade da justiça” (mandado de intimação de fl. 12), aquele informou que “as reses na época foram vendidas por R\$23.000,00 (vinte e três mil reais), por iniciativa própria” (petição de fl.14)

Desta forma, apurou-se que no encargo de depositário fiel, o denunciado NILO POLETTTO, prevalecendo-se de sua condição, abusando da confiança que lhe foi depositada pelo Juízo e atuando com nítida intenção de inverter o título da posse ou a detenção para o domínio próprio (animus rem sibi habendi) acabou vendendo os (“66 sessenta e seis) semoventes bovinos de diversas raças com aproximadamente 200 Kg cada um, de propriedade do executado Romeu Luiz Nardi, passando a se comportar como se fosse o verdadeiro dono.

Assim é que, o aqui denunciado NILO POLETTTO, agindo em manifesta ofensa ao patrimônio alheio, tão logo recebeu os bens em depósito, (a título de depositário fiel decorrente de mandado de remoção), tratou de vendê-los, ao invés de zelar pela guarda do bem que lhe foi depositado judicialmente, invertendo o “animus da posse das reses e apropriando-se destas indevidamente” (fls. II - IV)

Instruído o feito, sobreveio sentença que julgou procedente o pedido inicial, condenando o acusado à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, por infração ao art. 168, § 1º, inciso II, do Código Penal. Substituiu-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária (fls.76-84).

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, apela o acusado. Nas razões do apelo, pugna, em síntese, pelo perdão judicial, sob o argumento de que a prática do ilícito penal se houve apenas para proteção de sua integridade física.

Subsidiariamente, pleiteia a absolvição, sob a justificativa de que a vítima cometeu o delito de falso testemunho, uma vez que os bens depositados seriam de propriedade de terceiro, fato que descaracterizaria o ilícito penal pelo qual foi condenado (fls. 87-90)

Contrarrazoada a apelação (94-101), os autos ascenderam a esta Corte, oportunidade em que a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer de lavra do Dr. Raul Schaefer Filho manifestou-se pelo reconhecimento, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa, com a conseqüente extinção da punibilidade do apelante (107-110).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso é próprio e tempestivo, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Nilo Poletto contra a sentença que o condenou ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, substituída por duas penas restritivas de direitos, em razão da prática do crime previsto no art. 168, § 1º, inciso II do Código Penal.

Cinge-se o apelo a dois aspectos específicos: o primeiro se refere a aplicação do instituto do perdão judicial, previsto no art. 120 do Código Penal, à hipótese dos autos; o segundo diz respeito a possibilidade de ab-

solução do apelante da imputação que lhe foi imposta, sob a justificativa de que os bens depositados seriam de propriedade de terceiro, fato que descaracterizaria o ilícito penal pelo qual o apelante foi condenado.

Antes de ingressar no mérito das teses defensivas, analisa-se a possibilidade de aplicação do instituto da prescrição retroativa à hipótese dos autos, argumento levantado pelo ilustre Procurador de Justiça.

Segundo o representante do *Parquet*, o crime de apropriação indébita estaria prescrito porque a consumação do ilícito penal imputado ao apelante ocorreu em dezembro do ano de 2002, data em que se houve o aceite do encargo de depositário fiel nos autos da ação de execução por quantia certa contra devedor solvente n. 018.02.000118-2, que tramitou na 1ª Vara Cível da Comarca de Chapecó-SC.

Extrai-se, ainda, da manifestação: “*na hipótese, mostra-se despidianda a intimação (notificação) para devolução da coisa objeto do depósito [jul.2010], porquanto a manifestação considerada inversão do título da posse com animus rem sibi habendi já teria ocorrido em lapso temporal bem anterior, no passado [dez.2002]’*”.

A tese não merece prosperar.

Realmente, analisando detidamente os autos, verifica-se que, como bem destacado pelo juízo *a quo*, a consumação do crime se houve no dia em que o apelante, intimado a restituir os bens que lhes haviam sido confiados [jul.2010], não o fez, alegando, inclusive, que já os havia vendido, conforme certificado nos autos às fls. 12-14. Com efeito, apenas nesta data é que se houve a negativa de restituição do bens que o apelante figurava como depositário.

A respeito da consumação do crime de apropriação indébita - pela negativa de restituição - Fernando Capez esclarece que este delito “*consuma-se com a não restituição do bem uma vez vencido o prazo para sua*

entrega”. (Curso de direito penal: parte especial. v. 2. 12^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 542

Ainda acerca da consumação do crime em tela, leciona Romeu de Almeida Salles Júnior:

“Temos, então, que, num momento qualquer, o agente resolve ter a coisa como sua de modo definitivo. Desvirtua a posse conferida legitimamente pelo proprietário, o que lhe dá a condição de possuidor em nome alheio. *É verdade que esse momento subjetivo (verifica-se na mente do sujeito ativo) reclama uma manifestação no mundo exterior. Busca-se um comportamento que comprove a resolução do agente de comportar-se em relação à coisa como se fosse dono. Procura-se o ato revelador do animus domini do agente.* (Apropriação Indébita e Estelionato, 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 43/45).

Compulsando os autos, verifica-se que a comprovação efetiva de que o réu se apropriou de coisa alheia ocorreu em 26.07.2010, oportunidade na qual, intimado para devolver no prazo de 10 (dez dias), os bens dos quais figurava como depositário (fl. 13), escusou-se, sob o argumento de que havia vendido os bens.

Mutatis mutandis, colhe-se da jurisprudência desta Corte, *verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO - APROPRIAÇÃO INDÉBITA - PRELIMINAR DEFENSIVA PRETENDENDO O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - *DISCUSSÃO ACERCA DO MOMENTO CONSUMATIVO DO DELITO* - AGENTE QUE RECEBEU UMA QUANTIA DA VÍTIMA PARA PAGAR UMA MULTA, CONFORME ACORDADO ENTRE AMBOS - *CONSUMAÇÃO DO DELITO NO MOMENTO EM QUE O RÉU NÃO EFETUOU O PAGAMENTO - MOMENTO DA EXTERIORIZAÇÃO DA VONTADE DE APROPRIAR-SE DA COISA ALHEIA*

QUE TINHA EM SUA POSSE - LAPSO TEMPORAL TRANSCORRIDO ENTRE A DATA DO FATO E A DATA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA QUE ATINGE O PRAZO PRESCRICIONAL FIXADO - PREFACIAL ACOLHIDA - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM RAZÃO DO ADVENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, EM SUA FORMA RETROATIVA (TJSC, Apelação Criminal n. 2007.001048-0, de Ascurra, rel. Des. Torres Marques, j. 13-03-2007).

E ainda:

“PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. ART. 168, § 1º, II DO CP DEPOSITÁRIO JUDICIAL. ORDEM DE ENTREGA. DESOBDIÊNCIA. ART. 330 DO CP. DOLO. ATIPICIDADE. IMPOSSIBILIDADE MATERIAL. CONSUMAÇÃO DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA. 1. O elemento volitivo (dolo) da apropriação indébita está demonstrado, uma vez que, de posse (prévia) de coisa alheia móvel (pneus), a ré, agindo como dona (animus rem sibi habendi) inverteu o título da posse de forma livre e consciente, dando destinação diversa da prevista no compromisso de fiel depositário, do qual foi expressamente alertada, cedendo os pneus para uso da empresa executada ou permitindo o seu uso, mesmo sabendo que deveria restituí-los. 2. O tipo subjetivo do crime de desobediência é a vontade livre e consciente de descumprir a ordem legal, ou seja, há que estar evidenciado o propósito de oposição ao cumprimento da ordem. *O não atendimento à determinação judicial de depositar os bens penhorados dos quais era depositário judicial não configura desobediência, mas tão somente traduz a consumação do delito de apropriação indébita qualificada.* (TRF-4 Relator: JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, Data de Julgamento: 02/10/2013, OITAVA TURMA)

Não há que falar, portanto, em prescrição, uma vez que a data da consumação do delito ocorreu em 26.07.2010; a data do recebimento da denúncia 08.1.2013; a data da publicação da sentença condenatória 04.11.2013; a pena privativa de liberdade fixada ao apelante foi de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, a qual prescreve regularmente em 4 anos, nos moldes do art. 109, V do Código Penal.

Considerando que entre os marcos interruptivos não restou decorrido período superior a 4 (quatro) anos, impossível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa.

Assim sendo, passa-se a análise dos argumentos de defesa.

A respeito do crime de apropriação indébita, Fernando Capez esclarece que o elemento do tipo penal “*consubstancia-se no verbo apropriar-se, que significa fazer sua a coisa de outrem; mudar o título da posse ou detenção desviada, comportando-se como se dono fosse. O agente tem legitimamente a posse ou a detenção da coisa mas, em momento posterior, inverte esse título, passando a agir como se dono fosse*” (Curso de direito penal: parte especial. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 502/504).

A materialidade do delito restou sobejamente comprovada por meio do auto de remoção (fl. 5v), manifestação de fl. 14, decisão de fl. 21-22, termo de declaração de fl.26 e pela prova testemunhal colhida durante a instrução processual (mídia audiovisual de fls. 62).

A autoria do delito, por sua vez, encontra-se igualmente comprovada diante da confissão do apelante e aos demais elementos de prova e depoimentos colhidos durante a instrução processual.

Realmente, o apelante, quando do seu interrogatório por meio audiovisual, confessou a prática delituosa, respondendo da seguinte forma aos questionamentos que lhe foram feitos:

Magistrado: É verdadeira a acusação que é feita contra o senhor? Testemunha: É. Magistrado: Conhece as testemunhas ouvidas durante esse processo? Testemunha: Conheço. Magistrado: Tem alguma coisa a alegar contra essas pessoas? Testemunha: Tenho contra o Romeu Nardi que era o que ele me devia, que eu entrei com uma cobrança ‘né’ eu vendi boi pra ele, ele não me pago ‘né’... Magistrado: O senhor entrou com uma execução contra o Frigorífico?

Testemunha: É. Magistrado: Nessa execução foram penhorados sessenta e seis cabeças de gado? Réu: Isto. Magistrado: E o senhor assumiu como depositário desse bem? Réu: Sim. Magistrado: Ficou depositado com o senhor. Réu: Sim. Magistrado: Numa determinada ocasião houve a necessidade de haver devolução desse gado 'né'? Réu: É. Magistrado: E aí esse gado não foi encontrado, o senhor tinha vendido. Réu: tinha vendido. Magistrado: Consumiu com o dinheiro? Réu: Não consumi com o dinheiro, paguei as dívida dos boi... Magistrado: 'Tá', mas assim, o senhor não devolveu para o processo? Réu: Não. Magistrado: O senhor sabe o que que é um depósito judicial? Réu: Olha na época na verdade.. Magistrado: Depósito Judicial o senhor fica como cuidador daquilo 'né'? Réu: Sim. Magistrado: Na confiança deixa aquilo com o senhor, até solucionar o problema, certo? Réu: (Sim com a cabeça). Magistrado: Quando precisou de volta o senhor devolveu os bois? Réu: Não. Magistrado: Devolveu o dinheiro? Réu: Não devolvi.

Verifica-se, portanto, que ao lado da materialidade (manifestação de fl. 14 na qual o apelante nega a restituição dos bens depositados) e autoria delitivas, os elementos do crime encontram-se devidamente revelados, pois: a) o patrimônio pertencia a vítima Romeu Luiz Nardi; b) havia posse legítima e anterior à apropriação; c) a vontade livre e consciente de se apropriar dos bens depositados surgiu posteriormente ao recebimento da coisa; d) ocorreu a inversão da posse; e) e, por fim, inexistiu intenção de restituir os bens depositados, limitando-se o apelante a afirmar que já os teria vendido.

O Tribunal de Justiça já decidiu contexto análogo, consignando, *verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONFISSÃO DO RÉU CORROBORADA PELOS DEMAIS DEPOIMENTOS COLHIDOS EM JUÍZO. ALEGADA AUSÊNCIA DE DOLO. ELEMENTO SUBJETIVO EVI-

DENCIADO NA INVERSÃO DA POSSE DOS BENS QUE LHE FORAM CONFIADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. (...) (TJSC, Apelação Criminal n. 2012.038941-5, de Seara, rel. Des. Torres Marques, Terceira Câmara Criminal, j. 10-07-2012).

A conduta do apelante, portanto, amolda-se ao tipo penal descrito no art. 168, § 1º, inciso II do Código Penal, circunstância que inviabiliza o pleito absolutório deduzido pela defesa.

Pretende o apelante também a aplicação do perdão judicial na hipótese dos autos, com o conseqüente decreto de extinção da punibilidade, sob argumento de que a prática do ilícito penal se houve apenas para proteção de sua integridade física.

Contudo, sorte não lhe socorre, uma vez que o presente instituto só pode ser reconhecido nos casos expressamente previstos em lei, consoante o disposto no artigo 107, inciso IX, do Código Penal.

Fernando Capez ao discorrer sobre o perdão judicial, conceitua-o como “*causa extintiva da punibilidade consistente em uma faculdade do juiz de, nos casos previstos em lei, deixar de aplicar a pena, em face de justificadas circunstâncias excepcionais. [...] O juiz só pode deixar de aplicar a pena nos casos expressamente previstos em lei.*” (in *Curso de direito penal*. vol. 1. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 601/602).

Rogério Greco leciona no mesmo sentido, explicando, *verbis*:

“O perdão judicial não se dirige a toda e qualquer infração penal, mas, sim, àquelas previamente determinadas pela lei. Assim, não cabe ao julgador aplicar o perdão judicial nas hipóteses em que bem entender, mas tão somente nos casos predeterminados pela lei penal.

Com esse raciocínio, pelo menos *ab initio*, torna-se impossível a aplicação da analogia *in bonam* partem quando se tratar de ampliação das hipóteses de

perdão judicial. Isso porque a lei penal afirmou categoricamente que o perdão judicial somente seria concedido nos casos por ela previstos, afastando-se, portanto, qualquer outra interpretação. (*in Código penal comentado*. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 219).

Desse modo, constatado que o tipo penal contido art. 168, § 1º, inciso II do Código Penal não se encontra incluído naquelas hipóteses em que seria cabível a concessão de perdão judicial, inviável o deferimento do pleito.

O apelante pugna ao final pela sua absolvição, invocando para tanto o suposto crime de falso testemunho cometido pela vítima Romeu Luiz Nardi.

Do mesmo modo, inviável o acolhimento do pleito, pois ainda que ofendido tivesse cometido o ilícito em comento, o que não é objeto da demanda, tal circunstância não tem o condão de afastar a culpabilidade do apelante e gerar sua absolvição. Isso porque, como depositário fiel, o apelante tinha o dever de restituir o bem conforme lhe foi entregue, independente da conduta da parte adversa no processo de execução, uma vez que seu compromisso era com o juízo.

No que tange à dosimetria da pena, ainda que não tenha sido objeto de recurso, mantenho inalterada, tendo em vista que foi devidamente analisada e fixada pelo juiz *a quo*.

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Este é o voto.

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 2014.015511-9, de Ibirama

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. GOLPE DO 5X1. PACIENTE PARTICIPANTE DE UMA ESTRUTURADA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ATUANTE EM SANTA CATARINA. PRISÃO PREVENTIVA. REITERAÇÃO DE PEDIDO. NÃO CONHECIMENTO.

ARGUIÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO PELA INVERSÃO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU. INOCORRÊNCIA. TESTEMUNHAS QUE SERÃO OUVIDAS POR CARTA PRECATÓRIA. PROCEDIMENTO QUE NÃO SUSPENDE O ANDAMENTO DO FEITO. NULIDADE AFASTADA.

ALEGADO EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. POSSIBILIDADE DE REANÁLISE, EMBORA O PLEITO JÁ TENHA SIDO FORMULADO ANTERIORMENTE. COMPLEXIDADE DA CAUSA EVIDENCIADA. AÇÃO QUE CONTA COM DEZESSETE RÉUS. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO PODE SER CONSIDERADA PERCALÇO ATRIBUÍDO EXCLUSIVAMENTE AO JUDICIÁRIO. CONDUÇÃO CORRETA DO PROCESSO E DEMORA JUSTIFICADA. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA.

CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. SUPOSTA ATIPICIDADE DO FATO. CRIME PERMANENTE QUE, A RIGOR, CESSOU APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N. 12.850/13. APLICAÇÃO DA SÚMULA 711 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TESE DEFENSIVA AFASTADA.

CONCESSÃO DE FIANÇA. PENAS QUE, SOMADAS, ULTRAPASSAM O LIMITE DE 4 (QUATRO) ANOS IMPOSTO PELO ART. 313, I, DO CPP. INVIABILIDADE.

PEDIDO DE ORDEM DENEGADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n. 2014.015511-9, da comarca de Ibirama (2ª Vara), em que é impetrante Jairo Luís Pasqualini, e paciente P. A. de S.:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer em parte e denegar a ordem.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Excelentíssimo Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 1º de abril de 2014.

Moacyr de Moraes Lima Filho

RELATOR

RELATÓRIO

I Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de P. A. de S., ao argumento de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca de Ibirama.

Em linhas gerais, discorre que, nos autos da ação penal n. 027.11.002780-5, na qual o paciente é réu, o Magistrado *a quo* “*promoveu a inversão da ordem na tomada de provas*”, o que acarretou nulidade ao feito.

Argumenta, também, que P. A. de S. encontra-se preso preventivamente, por meio de decisão que entende carente de fundamentos concretos (art. 312 do CPP).

Além disso, sustenta a atipicidade penal quanto ao suposto crime de organização criminosa, uma vez que a lei tipificadora deste delito somente entrou em vigor após a data do fato.

Ainda, tece comentários acerca da ocorrência de excesso de prazo, uma vez que o paciente está recolhido há mais de 120 (cento e vinte) dias, sem que haja pronunciamento judicial sobre o mérito.

Também assevera que os crimes imputados – estelionato e posse de arma – são passíveis de concessão de fiança, sendo, pois, desnecessária a decretação de prisão cautelar.

Ao final, postula a concessão liminar do pedido de ordem, a fim de que se declare a nulidade do processo, bem como do decreto preventivo, possibilitando que o paciente responda em liberdade (fls. 2/37).

Indeferida a liminar (fls. 49/50) e prestadas as informações (fls. 53/54), a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Gilberto Callado de Oliveira, manifesta-se pelo parcial conhecimento e, no mérito, pela denegação do *writ* (fls. 91/97).

VOTO

1 De plano, destaca-se que a alegação de que a decisão que decretou a prisão preventiva carece de fundamentos concretos já foi objeto de análise por este Tribunal, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 2014.004315-1, em 11 de fevereiro de 2014. Assim, em razão da reiteração da tese, o pedido não pode ser conhecido. Sobre o tema, desta Terceira Câmara Criminal: *Habeas Corpus* n. 2013.086117-8, de Navegantes, deste Relator, j. em 13/12/2013.

2 A defesa almeja, ainda, a decretação de nulidade do processo, em razão da suposta inversão na ordem da oitiva das testemunhas e dos interrogatórios dos réus.

De fato, os interrogatórios já foram realizados, e algumas testemunhas serão ouvidas posteriormente mediante carta precatória.

Todavia, a pretensão defensiva não merece guarida, porquanto, a teor do art. 222, § 1º, do Código de Processo Penal, a oitiva das testemunhas não impõe a suspensão do trâmite processual, conforme julgamento de caso análogo por este Tribunal:

[...] Nulidade por ter havido inversão na coleta da prova testemunhal. Testemunhas de defesa inquiridas antes daquelas arroladas na denúncia. Eiva afastada. Testemunhas acusatórias ouvidas por carta precatória. Inteligência do artigo 222, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal.

“Incorre nulidade do processo na inversão da prova colhida através de precatória se não causa prejuízo ao réu, já que nessa modalidade probatória não é preciso ser observada a regra de as testemunhas de acusação serem ouvidas antes das da defesa (RJDTACRIM-SP 26/267)”. (Apelação Criminal n. 01.010757-0, de São Francisco do Sul, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. em 21/8/2001)

A propósito, deste Relator: Apelação Criminal n. 2010.083190-1, j. em 22/3/2011). No mesmo sentido: *Habeas Corpus* n. 2009.064971-3, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 20/12/2010.

Nada obstante isso, o paciente, em seu interrogatório, manteve-se silente (fl. 81), assim como todos os demais réus, à exceção de Ana Lúcia de Mattos. Tal circunstância demonstra a ausência de prejuízo para a defesa que, se assim entender, poderá solicitar novo interrogatório após a juntada das cartas precatórias, deferimento que ficará a critério do juiz.

Dessa forma, considerando que a norma processual penal ressalva expressamente que a oitiva de testemunha por carta precatória não obsta o prosseguimento da marcha processual, não há que se falar em nulidade.

3 No mais, destaca-se que a alegativa de excesso de prazo pode ser conhecida, conquanto anteriormente já se tenha pleiteado tal declaração.

Não prospera a alegação de excesso de prazo para a formação da culpa, pois apenas existe ilegalidade quando o juiz não conduz corretamente o processo e a demora é injustificada, o que não ocorre na presente hipótese.

Pois bem.

Consta das informações colacionadas pelo Magistrado *a quo* que, além de o processo contar com 17 (dezesete) réus, apurar crimes praticados por uma organização criminoso complexa, e, ainda, ter vários pedidos de revogação da prisão preventiva, no presente momento “*aguarda o o escoamento do prazo de cumprimento das cartas precatórias para, em seguida, ser remetido com vista ao Ministério Público para alegações finais*” (fl. 91).

Desse modo, apesar de a prisão preventiva datar de 18 de novembro de 2013, a complexidade da causa, aliada ao fato de que não há demora injustificada na instrução que possa ser imputada exclusivamente ao judiciário, afasta-se o alegado excesso de prazo.

Sobre o assunto, segundo iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “*o prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando mera soma aritmética de tempo para os atos processuais*” (HC n. 104.955/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. em 2/9/2008, DJU de 3/11/2008).

E mais:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPB E ART. 14 DA LEI 10.826/03). PRISÃO TEMPORÁRIA EM 28.02.08

CONVERTIDA, POSTERIORMENTE, EM PRISÃO PREVENTIVA (25.04.08). EXCESSO DE PRAZO (01 ANO E 03 MESES). JUSTIFICADO. PLURALIDADE DE RÉUS (11 PESSOAS). COMPLEXIDADE DO FEITO. PRISÃO PREVENTIVA DETERMINADA POR AUTORIDADE INCOMPETENTE. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ATOS RATIFICADOS PELA CORTE ESTADUAL. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. A concessão de *Habeas Corpus* em razão da configuração de excesso de prazo é medida de todo excepcional, somente admitida nos casos em que a dilação (A) seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela acusação; (B) resulte da inércia do próprio aparato judicial, em obediência ao princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal; ou (C) implique em ofensa ao princípio da razoabilidade. 2. Neste caso, a demora no término da formação da culpa pode ser atribuída, entre outras causas, à complexidade do feito, por se tratar de crime de autoria coletiva (21 pessoas), além da complexidade do feito. 3. Quanto ao conflito de competência, não há que se falar em nulidade do decreto prisional por incompetência do juízo, bem como da violação ao princípio do juiz natural, porquanto, o Tribunal *a quo* não só declarou qual juízo é competente para processar e julgar as ações conexas ao feito sob exame, como ratificou expressamente os atos praticados pelo Juízo da 1ª Vara Penal, em razão da competência territorial concorrente. 4. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial. (STJ, *Habeas Corpus* n. 119322, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 3/11/2009)

E, desta Relatoria, consulte-se: *Habeas Corpus* n. 2011.033679-6, de Itajaí, j. em 24/5/2011.

4 O impetrante sustenta, ainda, a atipicidade penal quanto ao suposto crime de organização criminosa, uma vez que a lei tipificadora deste delito somente entrou em vigor após a data do fato.

Para tal aferição, faz-se necessário um breve relato acerca do ocorrido.

A Lei n. 12.850/13 entrou em vigor em meados do mês de setembro de 2013. A denúncia narra que a organização criminosa perdurou durante os anos de 2011 e 2013 (fl. 53). Em 24 de outubro de 2013 o paciente teve decretada contra si a prisão preventiva (fl. 90), cujo mandado foi cumprido em 18 de novembro do referido ano.

Nesse contexto, considerando que a organização criminosa trata-se de crime permanente, aplica-se o teor da Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “*a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência*”.

Tal conclusão é a que se extrai, por ora, dos autos – levando-se em conta a exígua documentação acostada pelo impetrante para embasar a sua alegação –, motivo pelo qual não há que se falar em trancamento da ação penal em relação a tal fato.

5 Por fim, ressalta-se que a alegação de que alguns crimes, isoladamente, comportariam a benesse da fiança – uma vez que a pena não suplantaria 4 (quatro) anos – não prospera.

Isso porque o paciente responde pelos delitos de estelionatos consumados e tentados (totalizando dezoito condutas), posse de arma e organização criminosa, penas máximas que, somadas, ultrapassam o limite de 4 (quatro) anos imposto pelo art. 313, I, do Código de Processo Penal.

Acerca do assunto, veja-se:

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FIXAÇÃO DE FIANÇA. IMPOSSIBILIDADE. SOMA DAS PENAS MÁXIMAS EM ABSTRATO QUE SUPERA O LIMITE DE 4 (QUATRO) ANOS. DECRETO PRISIONAL SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO.

ACUSADO DUPLAMENTE REINCIDENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. (*Habeas Corpus* n. 2012.007166-6, de Palhoça, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 8/3/2012)

Portanto, preenchido o pressuposto temporal previsto no art. 313, I, do CPP, bem como levando-se em conta que o paciente é reincidente, passa-se à aferição dos fundamentos da prisão cautelar.

À luz do exposto, conhece-se em parte e denega-se o pedido de ordem de *habeas corpus*.

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.006747-1, de Forquilha

Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CÓDIGO PENAL, ART. 217-A. CONDENAÇÃO. RECURSOS DEFENSIVO E MINISTERIAL.

INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUCINTA DESCRIÇÃO DOS FATOS CRIMINOSOS. INOCORRÊNCIA. CONCISÃO. FATOS ELEMENTARES DESCRITOS. AMPLA DEFESA RESPEITADA.

“As exigências relativas à ‘exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias’ atendem à necessidade de se permitir, desde logo, o exercício da ampla defesa” (OLIVERIA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 168).

“A descrição, porém, não deve ser necessariamente exaustiva; se, embora concisa, contém os elementos essenciais à descrição do fato criminoso, a omissão de circunstâncias (dia, hora, local, nome da vítima, instrumento do crime etc.) não a invalida” (MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de processo penal interpretado. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 184).

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ELEMENTARES DO TIPO. DOLO ESPECÍFICO. VIOLÊNCIA REAL. GRAVE AMEAÇA. DESNECESSIDADE.

As elementares constitutivas do crime previsto no art. 217-A do Código Penal são “manter conjunção carnal” (ou “praticar qualquer ato libidinoso”) e “menor de 14 (catorze) anos”. Nenhuma vontade específica do agente, se não a própria satisfação da libido, é exigida para a configuração do delito, tampouco o emprego de violência real ou de grave ameaça contra a criança.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROVA. DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS. HOMOGENEIDADE E COERÊNCIA.

Os atos sexuais e libidinosos são ordinariamente praticados sob a proteção da intimidade. Decorre do senso comum de comportamento moralmente adequado reservar à própria privacidade os detalhes da vida sexual. Quando ocorrem de tal forma que se qualifiquem juridicamente como criminosos, o sigilo torna-se quase que imprescindível a sua consumação. Daí porque nas hipóteses de crimes contra a liberdade sexual, notadamente quando as vítimas são crianças, o relato delas, desde que firme e coerente em todas as oportunidades em que tenham sido ouvidas, e não derruído pelos demais elementos probatórios, pode, sim, mostrar-se suficiente à condenação.

DOSIMETRIA DA PENA. ECLESIAÍSTICO. ABUSO DA CREDIBILIDADE E DA CONFIANÇA. CULPABILIDADE ACENTUADA. APROVEITAMENTO DA PRIVACIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS EXTRAVAGANTES. GRAVES DISTÚRBIOS EMOCIONAIS DECORRENTES DO ABUSO MORAL. CONSEQUÊNCIAS EXCEPCIONAIS.

O abuso da credibilidade e da confiança depositada pela comunidade na pessoa do acusado – respeitado eclesiástico – que pratica ato libidinoso contra vítima por ocasião da confissão evidencia acentuada culpabilidade na sua conduta.

As circunstâncias do delito são agravadas quando ele se aproveita da situação de vulnerabilidade da criança, sozinha no próprio ambiente religioso, para com ela praticar o crime.

Comprovado que a vítima, em decorrência do abuso moral sofrido, passou a desenvolver graves distúrbios emocionais, deve o magistrado valorar negativamente as consequências do delito para a fixação da pena-base.

DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FRAÇÕES DE AUMENTO. USO CONSOLIDADO. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. PRÁTICA NÃO VINCULATIVA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CASO CONCRETO.

A lei penal não impõe a aplicação da frações matemáticas para a análise das circunstâncias judiciais. Tal procedimento é determinado tão somente com relação às causas de aumento ou de diminuição de pena. O uso de frações,

não obstante consolidado pela doutrina e pela jurisprudência, não é vinculativo. Não se pode perder de vista que a individualização da pena – garantia constitucional – traduz atividade discricionária do magistrado, que deve se pautar pelas circunstâncias específicas do caso concreto.

DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE. VIOLAÇÃO DO DEVER DE MINISTÉRIO. INEXISTÊNCIA DE DESRESPEITO DIRETO AOS DEVERES RELIGIOSOS.

Ter sido o abuso sexual praticado por ocasião do ato de confissão (e até mesmo de uma bênção) não implica em violação direta dos deveres inerentes ao ministério. A obrigação precípua do religioso em tais situações consiste, precipuamente, em manter o sigilo das revelações relatadas pelo penitente.

Valer-se o acusado dessa situação de intimidade e de privacidade configura circunstância excepcional da prática delitiva, característica que deve ser considerada no cálculo da pena-base.

RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.006747-1, da comarca de Forquilha (Vara Única), em que é apte/apdo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apdo/apte P. B.:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade a) dar provimento parcial ao recurso defensivo para afastar a circunstância agravante prevista no art. 61, II, “g”, do Código Penal; b) dar provimento parcial ao recurso do Ministério Público para condenar o acusado com relação ao fato 2, fixando-se a pena total em 26 anos e 2 meses de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 8 de maio de 2014, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Rodrigo Collaço e Newton Varela Júnior. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Ivens José Thives de Carvalho.

O conteúdo do presente acórdão, nos termos do § 2.º do art. 201 do Código de Processo Penal, deverá ser comunicado pelo juízo de origem.

Florianópolis, 16 de maio de 2014.

Roberto Lucas Pacheco

RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Forquilha, o Ministério Público ofereceu denúncia contra P. B., imputando-lhe a prática da conduta descrita no art. 217-A do Código Penal (3 vezes), pelos fatos assim narrados na peça acusatória (fls. II-IV – *ipsis litteris*):

1º Fato

Em dia e hora a serem precisados no curso da instrução, porém em meados de 2010, o denunciado P. B., valendo-se de sua condição de padre da Paróquia do Sagrado Coração de Jesus, no município de Forquilha, durante o ato de confissão religiosa que precederia a primeira comunhão da vítima J. C. R., à época com 9 (nove) anos de idade, porquanto nascido em 17.12.2000, e aproveitando-se do fato de estar sozinho com a criança em uma sala no interior da igreja católica localizada na Rua João José Back, no centro de Forquilha, praticou com a vítima atos libidinosos diversos da conjunção carnal, passando a mão no pênis da vítima, bem como segurando e apertando o órgão genital do infante por cima de suas vestes, tudo com o intuito de satisfazer sua própria lascívia.

2º Fato

Em dia e hora a serem precisados no curso da instrução, porém no ano de 2011, durante o ato de confissão religiosa que precederia a cerimônia de primeira comunhão da vítima R. B. F., o denunciado P. B., valendo-se de sua condição de padre, e aproveitando-se do fato de estar a sós com a vítima no

interior de uma sala da igreja católica do bairro Santa Terezinha, neste município de Forquilha, praticou com a vítima, então com 12 anos de idade, porquanto nascida em 4.7.1999, atos libidinosos diversos da conjunção carnal, dizendo-lhe que “não era para ter vergonha de se masturbar e nem se o chamassem de viado”, e passando a mão no órgão genital do adolescente, por cima de suas vestes, com o fim de satisfazer sua própria lascívia.

3º Fato

No dia 13 de junho de 2012, em horário a ser esclarecido no curso da instrução, o denunciado P. B., aproveitando-se da presença da vítima J. C. R. na igreja católica localizada na rua João José Back, no centro de Forquilha, e a pretexto de lhe dar uma bênção, chamou a vítima e sua genitora ao interior de uma sala nas dependências da igreja, após o que o denunciado pediu que esta se retirasse da sala, para que ficasse a sós com a criança, passando, ato contínuo, a indagá-lo a respeito de questões de cunho sexual, falando sobre masturbação, pornografia e sexo, o que deixou a vítima constrangida, fazendo com que se esquivasse para sair do local. Nesse momento, o denunciado, agindo do mesmo modo descrito acima, novamente praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com a vítima menor de 14 anos, com o fim de satisfazer sua própria lascívia, segurando-a pelo braço, abrindo a calça da vítima e passando a alisar, segurar e apertar o pênis do infante, por cima da cueca, dizendo-lhe como deveria segurar o órgão genital durante a masturbação, somente vindo a cessar o abuso ao ser interrompido por uma batida na porta, ocasião em que a vítima dele se desvencilhou e saiu do recinto.

Concluída a instrução, o juiz *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na denúncia e condenou o acusado à pena de 20 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime descrito no art. 217-A do Código Penal (fatos 1 e 3). Com relação ao fato 2, absolveu o acusado por considerar não existirem provas suficientes para a condenação (fls. 786-820).

Irresignados, tanto o apenado quanto o Ministério Público apelaram.

Arguiu o acusado, preliminarmente, ser inepta a denúncia, porquanto descreve as imputações “de modo sucinto, sem especificar as datas e os locais dos dois primeiros fatos [...] e o horário do terceiro fato, ou sequer indicar o elemento subjetivo do tipo exigido pela norma penal”. No mérito, sustentou que: a) “em momento algum deste processo restou comprovada qualquer intenção libidínosa” por parte do acusado; b) “a família da vítima J. R. possuía uma séria e prévia condição pessoal de inimizade com o apelante”, pois seu tio “se considera vítima de fatos no passado”, apesar de nunca tê-los denunciado; c) a família de J. C. R. recentemente deixou a igreja católica, mudando de crença religiosa, o que “autoriza o raciocínio confirmado por toda a cidade e região a creditar os fatos à vingança teológica, o que se permite concluir que se trata de uma falsa acusação”; d) “ambas as vítimas se conheciam e eram amigas, apesar de engendrarem e combinarem para negar esse fato”; e) segundo a testemunha L. P., a vítima R. B. F., após supostamente ter sofrido o abuso, no momento da confissão, continuou “nas atividades da catequese, rindo como se nada tivesse acontecido”; f) “ambas as vítimas são crianças com sérios problemas de ordem psiquiátrica, situação esta antecedente aos fatos em apuração”; g) “questiúnculas e particularidades de fatos remotos e/ou denunciados pela internet e que não possuem relação com a causa sequer podem ser considerados”; h) “não há prova da utilização de violência real ou grave ameaça por parte do apelante para conseguir o ‘suposto’ ato libidínoso”; i) foi comprovado que para o ato de confissão “se utilizava uma mesa com duas cadeiras que repousavam em lados opostos, uma era utilizada pelo pároco e outra pela criança”; j) as confissões “eram feitas nas sacristias que, no caso, são locais de livre acesso e inclusive sem portas”; k) “durante os atos, as próprias catequistas utilizavam o mesmo local, presenciando os atos de confissão, como o caso da confissão da vítima R. F., que inclusive foi presenciada pela testemunha B. T.”; l) com relação ao último fato, colhe-se que I. V., secretária da paróquia, viu e ouviu todo o atendimento de sua sala, pois as portas ficaram abertas; m) a

sala em que se deu o atendimento “é totalmente vazada, com janela aberta para a frente da rua, com visualização de todos”. Paralelamente, aduziu que, caso mantida a condenação, deve a conduta ser desclassificada para “importunação ofensiva ao pudor [...], uma vez que inexistente prova do constrangimento com fim de saciar a lascívia ou a concupiscência, características marcantes do tipo em questão”. Relativamente à dosimetria da pena, arguiu que: a) “os elementos inerentes à própria configuração do delito não podem ser considerados para a exasperação da pena-base”; b) “a prática do delito não se deu com violação ao dever de ministério e não há ascensão do pároco com suas vítimas que também não possuíam relação de confiança direta com o mesmo em razão da atividade religiosa”; c) a credibilidade e a confiança para com o acusado já haviam sido consideradas para a fixação da pena-base.

Com estas razões, requereu ao final, sucessivamente, seja: a) declarada inepta a denúncia; b) declarada nula a sentença por vício na dosimetria da pena; c) reformanda a sentença, absolvendo-se-o de todas as imputações; d) desclassificada a conduta para aquela prevista no art. 61 da Lei de Contravenções Penais; e) reduzida a pena-base ao mínimo legal; f) afastada a agravante prevista no art. 61, II, “g” do Código Penal (fls. 891-918).

O Ministério Público, por sua vez, insistiu haver provas suficientes para a condenação também pelo fato 2, notadamente porque “R., em juízo, confirmou integralmente as declarações prestadas na Delegacia de Polícia, utilizando-se, inclusive, das mesmas palavras, o que, associado às demais provas colhidas nos autos, denota que não se trata de mera fantasia ou chiste de sua parte, como aduzido pela defesa”. Além disso, “R. narrou em detalhes um abuso que efetivamente ocorreu com ele, em tudo semelhante aos que ocorreram com diversos outros meninos na mesma situação ao longo de décadas”. Com relação às penas, sustentou que: a) é entendimento assente na jurisprudência que a fixação da pena-

-base deve se dar à razão de 1/6 para cada circunstância judicial negativa; b) ainda que rejeitada a fração de 1/6, o aumento operado na sentença foi irrisório; c) igual raciocínio se aplica à circunstância agravante.

Requeru, assim, a condenação do acusado também pela prática do fato 2, bem como o aumento das penas impostas (fls. 830-859).

Respondidos os recursos (fls. 869-879 e 922-967), lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Gercino Gerson Gomes Neto, que opinou pelo provimento do recurso do Ministério Público e pelo não provimento do recurso da defesa. Considerando, ainda, ter havido evidente conivência das autoridades eclesiásticas, vislumbrada pelo conteúdo de correspondência eletrônica transcrita nas razões recursais do Ministério Público, requereu “a remessa do acórdão e do email em comento ao Arcebispo do Estado de São Paulo Dom Odilo Pedro Scherer, bem como ao Arcebispo Primaz do Brasil Dom Murilo Krieger, para que tomem providências para a responsabilização interna dos omissos, bem como seja oficiado a Sua Santidade o Papa Francisco I, pedindo providências, para que o acobertamento não seja mais regra na Igreja Católica” (fls. 969-994).

É o relatório.

VOTO

1. A peça acusatória, seja ela denúncia ou queixa, “conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias” (CPP, art. 41). A exigência encerra importante garantia constitucional, pois somente a delimitação precisa da imputação permite ao acusado exercer sua ampla defesa. A respeito do tema, leciona Eugênio Pacelli de Oliveira:

As exigências relativas à “exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias” atendem à necessidade de se permitir, desde logo, o exercício da

ampla defesa. Conhecendo com precisão todos os limites da imputação, poderá o acusado a ela se contrapor o mais amplamente possível, desde, então, a delimitação *temática* da peça acusatória, em que se irá fixar o conteúdo da questão penal (*Curso de processo penal*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 168).

Com ele consoa Julio Fabbrini Mirabete:

É indispensável que na denúncia se descreva, ainda que sucintamente, o fato atribuído ao acusado, não podendo ser recebida a inicial que contenha descrição vaga, imprecisa, de tal forma lacônica que torne impossível ou extremamente difícil ao denunciado entender de qual fato preciso está sendo acusado (*Código de processo penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 184).

O mesmo autor, por outro lado, faz importante ressalva:

“A descrição, porém, não deve ser necessariamente exaustiva; se, embora concisa, contém os elementos essenciais à descrição do fato criminoso, a omissão de circunstâncias (dia, hora, local, nome da vítima, instrumento do crime etc.) não a invalida. Desde que o acusado tenha conhecimento, pela descrição, do fato que lhe é imputado, a denúncia está em termos de ser recebida” (*op. cit.* p. 187).

As condições em que foram praticados os fatos 1 e 2 foram expressamente narradas na denúncia: durante o ato de confissão das crianças, por ocasião da conclusão da catequese. Dessa forma, permitiu-se, plenamente, a identificação dos atos imputados e sua impugnação pela defesa.

Na mesma linha de raciocínio, a indicação do horário em que praticado o fato 3 mostra-se absolutamente dispensável para o exercício da

ampla defesa, mormente porque claramente delineado o local e a data do ocorrido. De qualquer sorte, a instrução logrou comprovar que tal fato ocorreu por volta das 17 horas.

Dessa forma, não se há falar em inépcia da denúncia, razão pela qual deve ser afastada a preliminar arguida.

2. Como é cediço, “a *tipicidade* é a adequação do comportamento humano ao tipo de ilícito contido na norma incriminadora. Ou, em outras palavras: é a conformidade do fato à imagem diretriz traçada na lei, a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo penal” (DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 399). Preenchidas as elementares do tipo previstas na lei penal, não se pode falar em ausência do crime.

Comete o crime de estupro de vulnerável aquele que mantiver “conjunção carnal ou praticar qualquer ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”. Os únicos elementos constitutivos do tipo são “manter conjunção carnal” (ou “praticar qualquer ato libidinoso”) e “menor de 14 (catorze) anos”. Nenhuma vontade específica do agente, se não a própria satisfação da libido, é exigida para a configuração do delito, tampouco o emprego de violência real ou de grave ameaça contra a criança.

No caso dos autos, a prática de atos com fim libidinoso é extraída dos relatos das vítimas e testemunhas, conforme se verá adiante.

Muito se afirma na jurisprudência que em crimes contra a liberdade sexual – geralmente praticados à revelia de qualquer testemunha – a palavra da vítima, quando firme e coerente, encontra especial importância, servindo de substrato condenatório. A assertiva, conquanto correta, deve ser aplicada com temperamento. Isso porque a grande maioria dos delitos é praticada à revelia de quaisquer testemunhas; o criminoso busca no anonimato a garantia de impunidade.

Os atos sexuais e libidinosos, ainda quando não delituosos, são ordinariamente praticados sob a proteção da intimidade. Decorre do senso comum de comportamento moralmente adequado reservar à própria privacidade os detalhes da vida sexual. À toda evidência, quando atos dessa natureza ocorrem de tal forma que se qualifiquem juridicamente como criminosos, o sigilo torna-se quase que imprescindível a sua consumação. Daí porque a tese acima sufragada ganha especial contorno nas hipóteses de crimes contra a liberdade sexual, notadamente quando as vítimas são crianças.

O relato das vítimas, desde que firme e coerente em todas as oportunidades que tenham sido ouvidas, e não derruído pelos demais elementos probatórios, pode, sim, mostrar-se suficiente à condenação.

A respeito do primeiro fato narrado na denúncia, a vítima J. C. R. disse à autoridade judicial que a confissão foi tomada a sós, numa pequena sala fechada, ao lado do altar. Ficaram um sentado de frente para o outro, cada um numa cadeira. Durante o ato de confissão, o acusado perguntou-lhe se tinha vergonha do seu corpo e disse que quando fosse tomar banho era para “puxar o corinho do pinto pra trás”. Foi nessa oportunidade que passou a mão em seu pênis, mexendo-o e apertando-o, mas por cima da calça. Naquela época, não contou para ninguém o que havia acontecido porque ficou com vergonha (CD de fl. 475).

Esse relato ratificou o que a vítima havia anteriormente afirmado ao promotor de justiça, quando os fatos começaram a ser investigados. Relatou ela que: a) “no dia da confissão, o Padre começou a lhe perguntar sobre seu pênis, que ele chamava de ‘pinto’, perguntando se era pequeno, se já tinha pêlos, dizendo que era para ele comemorar no dia que nascessem pêlos, pois isso significaria que ele já era homem”; b) “essa conversa aconteceu dentro de uma salinha, ao lado do altar”; c) “em seguida, o Padre colocou a mão em seu pinto e o apertou por cima da calça”; d)

“depois desse dia, passou a não querer mais contato com o padre, não querer mais ir à missa” (fls. 3-5).

Em relação ao terceiro fato, J. C. R. narrou ao juízo *a quo* que entraram numa pequena sala e o padre pediu que sua mãe saísse porque queria falar a sós consigo. Ficou receoso de permanecer sozinho com o padre, pois tinha medo que os acontecimentos da confissão se repetissem. Mesmo assim, sua mãe saiu e, com a porta fechada, ficaram sentados um de frente para o outro. O acusado começou perguntando do que tinha medo, até que começou a fazer questionamentos estranhos, como por exemplo, se tinha vergonha do seu corpo ou de ficar nu. Perguntou se já havia visto seus pais transando, alguma prima ou irmã nua, ou algum primo se masturbando. Perguntou se via filmes pornográficos, dizendo que era bom vê-los. Assustou-se com essas perguntas e, assim, foi chegando para o lado, para se levantar e sair, quando o padre pegou-o pelo braço, abriu o zíper de sua calça e pôs a mão em sua genitália, alisando-a e apertando-a, perguntando se já se masturbava. Quando o acusado tirou a mão, aproveitou para fechar a calça. O padre então colocou a mão sobre sua cabeça e deu-lhe uma bênção. Foi nesse momento que bateram na porta e saiu rápido lá de dentro. Finalizou detalhando que ficou com vergonha de contar o que ocorreu para sua mãe, e só tomou coragem de relatar os fatos para seus pais porque seus problemas de saúde persistiram, pioraram, e eles queriam interná-lo (CD de fl. 475).

Também aqui o menor reafirmou aquilo que já havia narrado na fase pré-processual, quando havia dito que: a) “de uns tempos pra cá, tem ficado doente, com medo de tudo, tendo espasmos musculares, e não sabe dizer a causa”, razão pela qual sua mãe o levou para tomar uma bênção do padre; b) “ele e sua mãe entraram com o Frei P. em uma sala, e ele pediu para falar com o depoente em particular, pedindo para a mãe do depoente se retirar da sala”; c) estando a sós com o padre, em determinado momento da conversa este passou a falar “sobre sexo, perguntando-lhe se ‘socava punheta’, se já tinha assistido filme pornô, dizendo-lhe

que era para assistir filmes pornográficos porque era bom, perguntando se já tinha visto seus pais fazendo sexo, se já tinha visto o peito de suas irmãs ou primas, se sabia se seus primos ‘socavam punheta’, e outras perguntas do gênero”; d) “começou a se esquivar, porque queria sair dali, e então o padre o segurou pelo braço, abriu as pernas do depoente, abriu o botão e o reco da calça e pegou em seu pênis por cima da cueca, começando a apertar, dizendo-lhe que era para apertar em tal parte na hora do banho e que era para ‘socar punheta’ no banheiro, até que uma freira bateu na porta, e o padre se levantou e abriu a porta”; e) nesse momento “se levantou, fechou o reco e foi embora” (fls. 3-5).

Sobre o segundo fato, a vítima R. B. F. disse à autoridade policial que: a) “durante a confissão o Frei P. disse ao declarante que ‘não era para ter vergonha de se masturbar e nem se o chamassem de viado’”; b) “em seguida o Frei P. tocou o pênis do declarante por cima da calça, ocasião em que o declarante o olhou assustado e então o Frei P. colocou a mão do declarante em cima de bíblia, dizendo que deveria rezar”, sendo em seguida dispensado pelo frei (fl. 58).

Não obstante a absolvição do acusado com relação a essa imputação, percebe-se que, assim como ocorreu com J. C. R., a narrativa de R. B. F. foi plenamente confirmada em juízo. Afinal, ele ratificou que o acusado lhe disse para não ter vergonha de se masturbar, nem se o chamassem de “viado”. Outrossim, voltou a afirmar que o frei P. passou a mão em meio às suas pernas, por cima da calça, e só tirou a mão quando o olhou “arregalado” (CD de fl. 475).

Em sentido contrário, consta apenas o interrogatório do acusado que, assim na delegacia (fl. 45) como em juízo (CD de fl. 533), negou a prática dos atos narrados. Especificamente com relação ao fato 3, declarou que perguntou a J. C. R. apenas se ele tinha ciúmes da irmã ou se faziam piadas na escola porque era gordinho.

Como se pode notar dos depoimentos destacados – únicas provas diretamente relacionadas aos fatos narrados na denúncia – não se pode afastar a ocorrência dos três delitos. Cumpre analisar se o resto do contexto probatório é suficiente para derruí-los ou, então, para confirmá-los.

A corroborar a versão acusatória, chama a atenção o número elevado de pessoas que se dispôs a expor sua intimidade e narrar fatos semelhantes consigo praticados pelo frei P. B. São testemunhas residentes em diversas localidades, inclusive em outros estados da federação, sem qualquer liame entre si ou com as vítimas, e que se encorajaram a revelar suas histórias após terem tomado conhecimento, pela mídia, da prisão do acusado.

A testemunha W. P. J., por exemplo, disse na delegacia que: a) em certa oportunidade, foi “até a Casa Paroquial para pagar o dízimo”, ocasião em que “foi atendido pelo FREI P., o qual lhe chamou até uma sala”; b) “em seguida, FREI P. trancou a porta, e pediu para o declarante sentar”; c) “FREI P. começou a falar para o declarante acerca de assuntos sexuais, dentre estes se o declarante já havia se masturbado e se o mesmo acordava molhado na cama em virtude de tal ato”; d) “também passou a mão pelo corpo do declarante, tendo ainda dito ao mesmo que era um rapaz muito bonito”; e) “lhe contou que costumava ‘socar punheta’ quando era jovem, e perguntou se o declarante também praticava tal ato”; f) “ficou assustado com tais atitudes [...] tendo saído correndo da igreja” (fls. 9-10). Em juízo, ratificou o que havia declarado na delegacia, esclarecendo que o padre passava a mão em sua perna. Incomodado com isso, tirou a mão do padre de cima de sua perna e saiu (CD de fl. 475).

Mais grave foi o que ocorreu com seu primo, G. P. de A. Afirmou este que: a) quando tinha 14 ou 15 anos “era coroinha da igreja católica Sagrado Coração de Jesus” e “manifestou interesse em ser padre”, razão pela qual foi conversar com o Frei P.; b) “o Frei P. o chamou para uma

sala, perguntando se o mesmo ‘batia punheta’”; c) “ficou sem reação com aquela situação”, mas “o frei continuou com aquela conversa, orientando o declarante que não era vergonha ‘bater punheta’ pois bastava pedir perdão para Jesus”; d) “continuou perguntando se o declarante tinha pelos pelo corpo, inclusive levantando a blusa do declarante, aproveitando a oportunidade acabou dando um beijo na boca do declarante”; e) “antes de dar o beijo, o Frei P. teria aberto a calça do declarante”; f) “sem saber o que fazer, levantou dizendo que tinha que sair e foi embora” (fls. 12-13). Perante a autoridade judicial, G. P. de A. ratificou o relato e esclareceu alguns detalhes. Disse que foi conversar com o acusado porque ele era muito amigo de sua família. Estava com o padre a portas fechadas quando este começou a questioná-lo sobre assuntos de cunho sexual, perguntando se “batia punheta” com frequência e outras coisas. Aproveitando-se da situação, o acusado levantou sua camiseta (passando a mão em sua barriga), abriu suas calças e o beijou na boca. Importante ressaltar o visível constrangimento da vítima em rememorar os fatos, perceptível pelo depoimento gravado em arquivo audiovisual. Contou o ocorrido para seu pai no dia seguinte, mas ficaram com vergonha e decidiram não denunciar o abuso para não se exporem (CD de fl. 475).

A par do relato do abuso contra si praticado, G. P. de A. ainda revelou que, após o ocorrido, um outro padre (Frei N.) veio conversar consigo e disse-lhe que não duvidasse da fé do Frei P., não obstante tenha também dito que a igreja já sabia que ele tinha “esse problema”. Passado algum tempo, mas aproximadamente um ano antes do eclodir o escândalo, foi chamado para conversar com a Irmã S., a qual disse ter conhecimento de outros fatos semelhantes, inclusive mais antigos, e que a questão deveria ser solucionada sem se causar alarde.

Além dos testemunhos destacados, P. A. V. de F. também relatou ter sido vítima do acusado. Contou ela à autoridade policial que fez a primeira comunhão em 1994 no município de Ituporanga, ocasião em

que também se confessou com o frei P. B. Durante o ato de confissão, o acusado a colocou sentada em seu colo e, por cima da blusa, passou a mão em seu peito, dizendo que enquanto não crescessem seus seios não poderia ter “namoradinhos”. Ainda sentada no colo do acusado, “este perguntou ‘sobre a parte de baixo, como é que estava, se já estava nascendo alguma coisa’ e neste momento P. pediu para mostrar para ele, pedindo que a depoente abaixasse as calças”. Ingenuamente, “abaixou as calças ficando despida da cintura para baixo” e, “quando terminou, P. deu um beijo ‘selinho’ na boca da depoente”. Posteriormente, em conversas com seus amigos, perceberam que “a maioria passou por um fato semelhante com o padre”. Dois anos depois, frequentou a crisma e, sabendo que a confissão seria tomada pelo mesmo padre, não realizou o ato e nem sequer concluiu o curso (fls. 92-93). O relato foi ratificado perante a autoridade judicial, tendo ela acrescentado que não houve nenhum tipo de orientação sexual durante a catequese. Disse também que, sendo crianças, não perceberam a gravidade do fato, pensavam que era tudo normal e que, na época, chegou a comentar com seus pais o que havia ocorrido, mas eles acharam que era imaginação sua (CD de fl. 458).

Semelhante relato foi prestado por M. J. B., residente no estado do Paraná. Este afirmou que sua família era muito amiga do acusado e certa vez, quando se confessava com ele no município de Pato Branco/PR, o acusado “começou a falar que eram bastante amigos e podiam ter uma intimidade maior e começou a passar a mão por todo o corpo e, inclusive, no pênis do declarante por dentro da calça”. Na época, “não teve coragem de contar nada a sua mãe, mesmo porque estava ‘perdido’ em relação ao que havia ocorrido” (fl. 346).

P. H. S., morador do município de Ituporanga, também confidenciou ter sido vítima. Indagado perante a autoridade policial daquela comarca, respondeu que: a) fez a primeira comunhão em 1993 no município de Ituporanga, ocasião em que também se confessou com o acusado;

b) durante o ato de confissão, o acusado “estava sentado ao seu lado e colocou a mão sobre o seu pênis e indagou ao declarante se ele costumava se masturbar”; c) “por vergonha, não comentou o assunto com ninguém, nem mesmo com seus pais” (fl. 358).

Uma das narrativas mais detalhadas, contudo, foi aquela apresentada por R. Z. À autoridade policial, disse que: a) no ano de 1988, o frei P. B. foi convidado a ajudar nos preparativos para os festejos do santuário de São Pedro de Alcântara; b) também estava ajudando nos preparativos, ocasião em que “o Frei P. convidou o declarante para ir até seu carro para conversar melhor, perguntando se este tinha interesse em ser padre”; c) “durante a conversa o Frei levou as mãos até a perna do declarante, ele alisava sua perna e suas costas, e depois passou a mão no pênis do declarante”; d) “não sabia se tal conduta do padre era certa, ficou assustado e não sabia o que fazer, e também não tinha coragem de contar o ocorrido”; e) “como o Frei sabia que o declarante tinha interesse em ser padre, ele procurou a família do declarante para pedir permissão para este viajar de carro para conhecer as paróquias franciscanas no interior do Paraná e de São Paulo”, e seus pais autorizaram; f) “na cidade de Rondinha-PR, ficaram no seminário da cidade [...], no mesmo quarto mas em camas separadas”; g) “na parte da noite, quando foi dormir após tomar banho, o Frei aproximou-se da cama do declarante, abaixou as calças do mesmo e disse que ele tinha órgão perfeito e pegou no pênis”; h) “o frei brincou bastante, deixando o mesmo excitado”; i) “na época ficou confuso e com medo das consequências de uma denúncia”; j) “após tais fatos desistiu de ser padre” (fl. 363).

As declarações prestadas na fase policial foram ratificadas em juízo, tendo o depoente acrescentado que seguidamente tinha que se esquivar dos beijos do acusado, porque este sempre queria beijar na boca. Além disso, relatou que, durante o período que efetivamente frequentou o seminário, as práticas duvidosas do acusado geravam comentários corriqueiros entre os seminaristas (CD de fl. 564).

L. M. H. relatou que seu irmão contou-lhe que, quando tinha 10 anos de idade e estava no seminário em Ituporanga, o Frei P. o levou para seu quarto para conversar e passou a mão nele. Disse que seu irmão contou o ocorrido em casa, na época, mas seus pais não acreditaram (CD de fl. 475).

Finalmente, tem-se o relato de R. C. que, conquanto seja tio da vítima J. C. R., consoa com tudo o que foi até agora destacado. Ao delegado de polícia, afirmou que, quando tinha 16 anos, trabalhava e morava na casa de um familiar do Frei P. Em certa ocasião, “o Frei P. o chamou num quarto para conversar, fechando a porta”. Inicialmente, “o Frei P. começou a lhe fazer perguntas do tipo se já tinha feito sexo, se se masturbava, se já tinha visto os pais fazendo sexo”, e depois “abriu a calça do depoente, pegando no pênis”, orientando-o para que, “quando o mesmo fosse se masturbar, que pedisse perdão para Deus antes de fazer”. Disse que “contou para seu pai na época dos fatos, contudo nenhuma providência foi tomada” (fl. 14). Ao ser inquirido pela autoridade judicial, voltou a afirmar que 1986, quando tinha 16 anos, o acusado chamou-o até seu quarto para conversar e perguntou se já tinha feito sexo e se já tinha se masturbado. Segundo a narrativa, o acusado puxou sua calça e pegou seu pênis, dizendo que era para ver se já era “homenzinho”. Contou o fato para seus pais, mas eles eram muito amigos da família e não quiseram levar o caso adiante (CD de fl. 475).

As narrativas apresentadas, apesar de não poderem confirmar a ocorrência dos fatos narrados na denúncia, dão forte sustentáculo à versão acusatória. Não se pode negar a convergência entre eles, todos a indicar um reiterado comportamento deturpado do réu ao longo dos anos.

A defesa insiste nas razões recursais que “a família da vítima J. R. possuía uma séria e prévia condição pessoal de inimizade com o apelante”, pois seu tio “se considera vítima de fatos no passado”, apesar de

nunca tê-los denunciado. Além disso, recentemente deixaram a igreja católica, mudando de crença religiosa, o que “autoriza o raciocínio confirmado por toda a cidade e região a creditar os fatos à vingança teológica, o que se permite concluir que se trata de uma falsa acusação”. A hipótese aventada pela defesa, contudo, não possui qualquer substrato probatório.

É difícil imaginar que um religioso tão respeitado tenha praticado os crimes imputados. É, porém, igualmente difícil crer que uma criança fosse inventar tal história tão somente para prejudicá-lo, que fosse engendrada uma verdadeira teia de intriga para incriminá-lo e que as famílias envolvidas se sujeitassem ao constrangimento de um processo judicial por crimes contra a liberdade sexual só para alcançar tal desiderato.

Note-se que não apenas a família de J. C. R. imputa fatos criminosos ao denunciado, mas também a dos primos W. P. J. e G. P. de A. Qual seria a relação entre as duas famílias para combinaram tal propósito? E ainda que se pudesse acreditar em versões falaciosas apresentadas pela família de J. C. R., como explicar o ocorrido com R. B. F. e os relatos apresentados pelas inúmeras testemunhas ouvidas em tantas comarcas distintas? Teriam as vítimas tamanha força para convencer estes desconhecidos a auxiliá-los na empreitada? Evidentemente que não.

Vale ressaltar, contudo, o depoimento de J. T. A., diretora do colégio de J. C. R. A testemunha – arrolada pela defesa, registre-se – disse que em determinada oportunidade, quando o pai de J. C. R. foi levar um atestado médico para justificar a ausência do filho, sugeriu que ele procurasse a igreja. O pai afirmou que sua esposa já havia feito isso e respondeu o seguinte: “ainda vão ouvir falar do Frei P.” (CD de fl. 476).

Conquanto o depoimento possa sugerir um prévio desejo do pai da vítima de prejudicar o frei P. B., é importante ressaltar que tal conversa ocorreu no início de junho de 2012, ou seja, após o fato 3. Dessa forma, antes de derruir a prova colacionada aos autos, o relato vem a corroborá-

-la, pois evidencia que o pai de J. C. R. já havia tomado conhecimento daquilo que o denunciado havia feito com seu filho.

Com relação ao fato 3, sustentou a defesa que a sala em que se deu o atendimento a J. C. R. “é totalmente vazada, com janela aberta para a frente da rua, com visualização de todos”, de modo a impossibilitar a prática de qualquer ato libidinoso sem que fosse visto por terceiros. Além do mais, a testemunha I. V., secretária da paróquia, viu e ouviu todo o atendimento de sua sala, pois as portas ficaram abertas.

Com efeito, a citada testemunha I. V. afirmou em juízo que: a) da sua sala conseguia ver perfeitamente o que ocorria na outra, bem como podia ouvir a conversa; b) a porta da sala do padre ficou entreaberta, mas a janela para a rua ficou aberta; c) foi ela mesmo que bateu na porta e interrompeu o atendimento e, nesse momento, tanto a mãe de J. C. R. como a irmã R., tia-avó dele, estavam dentro da sala; d) em nenhum momento a criança ficou sozinha com o frei; e) a irmã R. chegou na casa paroquial junto com J. C. R. e sua mãe (CD de fl. 476).

Acontece que seu depoimento está em completa dissonância com o restante da prova colacionada aos autos, a começar pelo próprio interrogatório do acusado, que confirmou ter solicitado à mãe de J. C. R. que saísse da sala, permanecendo a sós com o menino.

Com relação à dinâmica dos acontecimentos daquela tarde, disse R. C. R., mãe de J. C. R., que o frei pediu para conversar a sós com seu filho, então saiu da sala e fechou a porta. Estava esperando do lado de fora, por mais ou menos 10 minutos, quando chegou a irmã R., tia de seu esposo, que havia sugerido que J. C. R. fosse tomar uma bênção do padre. Como ela queria encontrar com o menino, bateu na porta e a abriu, momento em que J. C. R. olhou assustado, com os olhos arregalados, e saiu rápido para rua (CD de fl. 475).

O relato por ela prestado consoa com o que afirmou W. R. (nome civil da irmã R.). Inquirida pelo juiz, respondeu que, quando chegou na casa paroquial, J. C. R. estava sozinho com o frei P., dentro da sala, e a mãe dele o esperava do lado de fora. Encontrou-os por acaso, porque vinha da farmácia e viu a mãe de J. C. R. do lado de fora da casa paroquial. Relatou que, como a porta estava fechada, bateu e pediu permissão para entrar porque queria dar um abraço no menino, seu sobrinho-neto. A secretária da paróquia entrou ao mesmo tempo, para lembrar o padre da missa que tinha para celebrar (CD de fl. 533).

Como se pode notar, os excertos acima apontados derruem a versão defensiva – sustentada precipuamente no testemunho de I. V. – e corroboram acusação. Tanto é que o juiz *a quo*, considerando “a possível prática de crime de falso testemunho pela Sra. I. V.”, determinou a remessa de fotocópias do processo à autoridade policial (fl. 819).

Com relação à janela da sala, não se pode negar que diversas testemunhas confirmaram tratar-se de uma grande abertura, virada para a rua, e que permanece aberta durante o dia. Contudo, tal característica não é suficiente para, por si só, ilidir materialmente a prática delitiva descrita na denúncia, mormente pela sutilidade dos atos praticados.

Assim como em relação ao fato 3, a defesa também sustenta que os fatos 1 e 2 não poderiam ter ocorrido, dadas as características do local em que foram tomadas as confissões das vítimas. Sustentou, para tanto, que: a) foi comprovado que para o ato de confissão “se utilizava uma mesa com duas cadeiras que repousavam em lados opostos, uma era utilizada pelo pároco e outra pela criança”; b) as confissões “eram feitas nas sacristias que, no caso, são locais de livre acesso e inclusive sem portas”; c) “durante os atos, as próprias catequistas utilizavam o mesmo local, presenciando os atos de confissão, como o caso da confissão da vítima R. F., que inclusive foi presenciada pela testemunha B. T.”.

A esse respeito, afirmou o acusado que tanto a confissão de J. C. R. quanto a de R. B. F. foi tomada numa sala ao lado do altar, onde havia uma mesa separando-o das crianças, que permanecia de portas abertas (no caso de R. B. F. nem sequer porta existia) (CD de fl. 533).

Realmente, diversas testemunhas afirmaram ser este o procedimento padrão tomado nas diversas comunidades da comarca de Forquilha. Tome-se, por exemplo, os depoimentos de M. da L., R. F., M. G. R. e F. J. M. (CD de fl. 476), todos catequistas em outras localidades que não aquelas em que ocorreram os fatos.

Especificamente com relação à vítima R. B. F., a testemunha B. T. ratificou que a confissão foi tomada dentro da sacristia, sendo colocada uma mesa com duas cadeiras, uma de cada lado. Chegou a ter que entrar na sacristia no momento de uma confissão, coincidentemente a de R. B. F. (CD de fl. 476).

Ora, como é cediço, a confissão é um ato reservado. Tal característica, não bastasse ser de conhecimento geral, foi reafirmada por diversas testemunhas, notadamente as de defesa. Dito em outras palavras, ninguém, absolutamente ninguém, senão o padre e o penitente, pode afirmar o que ocorreu ou deixou de ocorrer durante todo o transcurso desse sacramento.

Eventuais interrupções pontuais não teriam o condão de impedir a prática do crime. A configuração física da sala, notadamente a disposição da mesa e das cadeiras, também não seria barreira suficiente para impedir que os fatos ocorressem. Obviamente, nada impediria o acusado de colocar sua cadeira ao lado da criança no momento de tomar sua confissão.

Sustentou a defesa, na tentativa de derruir a confiabilidade dos depoimentos das vítimas, que ambas “são crianças com sérios problemas de ordem psiquiátrica, situação esta antecedente aos fatos em apuração”.

É incontroverso que J. C. R. sofre de problemas psicológicos, inclusive atestados pela psicóloga F. B. (CD de fl. 533). Contudo, não se pode afirmar com exatidão sejam eles anteriores aos fatos narrados na denúncia. É possível, inclusive, que sejam mesmo decorrentes da violência moral descrita no primeiro fato.

De qualquer sorte, definir o histórico médico-psicológico da vítima não anularia as demais provas. Ainda que se pudesse determinar que J. C. R. sofre de distúrbios psicológicos desde tenra idade, tal diagnóstico não desqualificaria, por si só e por completo, os relatos por ele prestados.

Não obstante a conclusão anotada, é importante destacar parte do depoimento da irmã R., no que toca à questão ora em análise. Disse ela ao juízo *a quo* que, após os fatos, foi procurada por uma pessoa relacionada ao acusado (da qual não se recorda o nome) e dela recebeu um documento pronto, com seu nome ao final para que assinasse, em que afirmava que J. C. R. era doente desde os 2 anos de idade, bem como que tanto ela como a mãe do menino teriam acompanhado toda a entrevista com o padre. Afirmou ter se recusado a assinar tal documento – pois não correspondia à verdade – e, não obstante, foi procurada mais uma vez por um parente do frei P. B., que tentou novamente convencê-la assinar tal documento (CD de fl. 533).

Contrariamente à situação de J. C. R., não há nos autos qualquer diagnóstico preciso sobre a saúde psicológica de R. B. F. Apesar de a vítima ter afirmado em juízo que toma remédios para o controle de hiperatividade, não existem maiores detalhes a respeito. De qualquer forma, assim como em relação a J. C. R., eventual prova nesse sentido não invalidaria o substrato probatório angariado.

A tentativa defensiva de desqualificar os depoimentos de R. B. F. funda-se, porém, no seu próprio comportamento, a indicar que pudesse ele ter mentido ou simplesmente inventado um suposto atentado a sua

liberdade sexual. Isso porque, segundo a testemunha L. P., após a confissão, R. B. F. continuou “nas atividades da catequese, rindo como se nada tivesse acontecido”.

Realmente, a testemunha L. P. afirmou tanto na delegacia (fl. 19) quanto em juízo (CD de fl. 475) que R. B. F. deu uma risada quando lhe confidenciou que o padre, no momento da confissão, “passou a mão em seu pinto”. Entretanto, não se pode exigir de uma criança determinado comportamento para se considerar configurado o crime. Vítimas dessa sorte de delitos reagem de maneiras diferentes. Algumas nem sequer percebem a gravidade da violência de que foram vítimas. Note-se, por exemplo, o que afirmou a testemunha P. A. V. de F., já acima destacado.

De tudo o que foi exposto, e não obstante as teses defensivas, não restam dúvidas de que P. B. acariciou as genitálias de J. C. R. (por duas vezes) e de R. B. F., com eles praticando, assim, ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Acertada, portanto, a condenação pela conduta descrita no art. 217-A, em concurso material (2 vezes) com relação à vítima J. C. R., devendo ainda ser condenado pelo mesmo delito com relação à vítima R. B. F.

3. Tanto a defesa quanto o Ministério Público impugnaram os critérios utilizados pelo juízo *a quo* para o cálculo da pena. Para melhor análise das questões suscitadas, transcrevo excerto da sentença que encerra a dosimetria:

Do 1º fato:

1ª Fase) Analisadas as disposições do art. 59 do Código Penal, tem-se: a) a culpabilidade do agente se mostra com gravidade acentuada, porquanto o delito foi praticado por pessoa a quem se confere total credibilidade e confiança, utilizando-se disso para levar a cabo seu intento criminoso. Não bastasse, o delito foi levado a efeito no espaço da própria congregação religiosa, onde o menor, sob a óptica dos pais, estaria aparentemente seguro e livre de

qualquer ação criminosa, mormente dessa espécie; b) o acusado não registra antecedentes criminais (fls. 200/201 e 492/493); c) sua conduta social foi abonada pelas testemunhas arroladas pela defesa, assim como pelas declarações nesse sentido que aportaram aos autos. Além disso, algumas testemunhas arroladas pelo Ministério Público também afirmaram possuir o réu boa conduta social; d) não há elementos técnicos para apurar a personalidade do acusado; e) as circunstâncias do crime lhe são desfavoráveis, pois o acusado aproveitou-se do fato de estar sozinho com a vítima, em momentos de vulnerabilidade, para atingir seus objetivos sexuais; f) os motivos do delito são próprios da espécie, pois o agente buscava satisfazer sua lascívia; g) as consequências do crime são desfavoráveis, visto que os abusos perpetrados contra Jean causaram a ele e a sua família abalo emocional, sem falar na exposição pública que se seguiu; h) no mais, o comportamento da vítima em nada contribuiu para a violação da norma *agendi*.

Tendo em conta o tipo penal em que foi incurso o réu e considerando as circunstâncias judiciais estabelecidas no artigo 59 do CP, já analisadas, fixo a pena-base em 9 (nove) anos de reclusão.

2ª Fase) Nesta segunda fase da dosimetria, reconheço a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea “g”, do Código Penal, pois o crime foi cometido mediante violação de dever inerente ao ministério, visto que o réu, em momentos de confissão religiosa ou de orientação e bênção, violou seus deveres como padre e abusou dos infantes que o procuraram. Em consequência, aumento a pena em 1 (um) ano, restando em 10 (dez) anos de reclusão.

3ª Fase) Na terceira fase, não incidem causas de aumento ou diminuição de pena.

Totaliza, portanto, a pena do réu em 10 (dez) anos de reclusão, por violação ao artigo 217-A do Código Penal.

Do 3º Fato:

1ª Fase) Analisadas as disposições do artigo 59 do Código Penal, tem-se: a) a culpabilidade do agente se mostra com gravidade acentuada, porquanto o delito foi praticado por pessoa a quem se confere total credibilidade e confiança, utilizando-se disso para levar a cabo seu intento criminoso. Não bastasse, o delito foi levado a efeito no espaço da própria congregação religiosa, onde o menor, sob a óptica dos pais, estaria aparentemente seguro

e livre de qualquer ação criminosa, mormente dessa espécie; b) o acusado não registra antecedentes criminais (fls. 200/201 e 492/493); c) sua conduta social foi abonada pelas testemunhas arroladas pela defesa, assim como pelas declarações nesse sentido que aportaram aos autos. Além disso, algumas testemunhas arroladas pelo Ministério Público também afirmaram possuir o réu boa conduta social; d) não há elementos técnicos também para apurar a personalidade do acusado; e) as circunstâncias do crime lhe são desfavoráveis, pois o acusado aproveitou-se do fato de estar sozinho com a vítima, em momento de vulnerabilidade, para atingir seus objetivos sexuais; f) os motivos do delito são próprios da espécie, pois o agente buscava satisfazer sua lascívia; g) as consequências do crime são desfavoráveis, visto que os abusos perpetrados contra Jean causaram a ele e a sua família abalo emocional, sem falar na exposição pública que se seguiu; h) no mais, o comportamento da vítima em nada contribuiu para a violação da norma *agendi*.

Tendo em conta o tipo penal em que foi incurso o réu e considerando as circunstâncias judiciais estabelecidas no artigo 59 do Código Penal, já analisadas, fixo a pena-base em 9 (nove) anos de reclusão.

2ª Fase) Nesta segunda fase da dosimetria, reconheço a agravante prevista no artigo 61, II, alínea “g”, do Código Penal, pois o crime foi cometido mediante violação de dever inerente ao ministério, visto que o réu, em momentos de confissão religiosa ou de orientação e bênção, violou seus deveres como padre e abusou dos infantes que o procuraram. Em consequência, aumento a pena em 1 (um) ano, restando em 10 (dez) anos de reclusão.

3ª Fase) Na terceira fase, não incidem causas de aumento ou diminuição de pena.

Totaliza, portanto, a pena do réu em 10 (dez) anos de reclusão, por violação ao artigo 217-A do Código Penal.

Do trecho destacado, percebe-se que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal, em ambos os delitos pelos quais fora condenado o réu, por conta da culpabilidade, das circunstâncias e das consequências do crime. As razões que levaram o magistrado a sopesar negativamente tais circunstâncias judiciais foram bem explicitadas e são excepcionais ao

tipo penal em comento, extrapolando a linha normal de execução. Visto dessa forma, não há razão para afastá-las do cálculo da pena.

3.1. Igual raciocínio não se aplica, contudo, em relação à agravante prevista no art. 61, II, “g”, do Código Penal. Para o magistrado *a quo*, agiu o apelante com violação aos deveres de ministério. Ocorre que “*violação de dever é o desrespeito às normas que norteiam o cargo, ofício, ministério ou profissão*” (BITENCOURT. Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 275). Evidentemente, a igreja católica não permite o abuso de menores por parte de seus ministros religiosos. Contudo, ter sido o crime praticado por ocasião do ato de confissão (e até mesmo de uma bênção) não implica em violação direta dos deveres inerentes ao ministério. Isso porque a obrigação precípua do religioso, em situações como as narradas na denúncia, resume-se a manter o sigilo das revelações relatadas pelo penitente. Ter o acusado se valido dessa situação de intimidade e de privacidade para abusar dos menores implica é uma circunstância do crime, característica esta que já foi devidamente considerada no cálculo da pena-base.

Deve-se, pois, afastar a circunstância agravante.

Impõe-se registrar que a necessidade de correção da dosimetria da pena não vicia a sentença. Implica senão apenas na sua correção, ainda que *ex officio*.

3.2. Dispõe o art. 68 do Código Penal que “a pena será calculada atendendo-se ao critério do art. 59”. Este, por sua vez, disciplina o seguinte:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

- II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Em nenhum momento a lei penal impõe a aplicação da frações matemáticas para a análise das circunstâncias judiciais. Tal procedimento é determinado tão somente com relação às causas de aumento ou de diminuição de pena. O uso de frações, não obstante consolidado pela doutrina e pela jurisprudência, não é vinculativo. Não se pode perder de vista que a individualização da pena – garantia constitucional, relembre-se – traduz atividade discricionária do magistrado, que deve se pautar pelas circunstâncias específicas do caso concreto.

In casu, não se pode reputar que os aumentos determinados para a fixação das penas-base foram irrisórios, notadamente se considerada a forma como foram consumados os delitos. O crime de estupro de vulnerável, que tem a pena mínima já bastante elevada, pode ser praticado de inúmeras formas, desde as mais singelas – como ocorreu no caso em comento – até as mais agressivas, com emprego de violência real e efetiva consumação do ato sexual, por exemplo. Tais elementos diferenciadores devem orientar o juiz no momento de calcular a pena. Se considerado que o mesmo crime pode ser praticado mediante ações mais graves (conjunção carnal, coito anal, sexo oral etc), tem-se que os aumentos aplicados *in casu* condizem com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

É importante destacar que, além da culpabilidade, das circunstâncias e das consequências excepcionais do crime, o juiz *a quo* também considerou para a fixação da pena-base a favorável a conduta social do acusado, atestada por diversas testemunhas.

3.3. Considerado o afastamento da agravante prevista no art. 61, II, “g”, do Código Penal e a condenação do acusado pela prática do fato 2, impõe-se a revisão da dosimetria.

Com relação aos fatos 1 e 3, a reforma parcial da sentença implica apenas no afastamento de 1 ano de aumento decorrente a citada agravante, resultando a pena final em 9 anos de reclusão, em regime fechado, para cada um dos delitos.

Com relação ao fato 2, observadas as circunstâncias já destacadas pelo magistrado, bem como a proporcionalidade com os demais delitos, deve a pena-base ser fixada em 8 anos e 8 meses de reclusão. Isso porque, contrariamente ao que ocorreu com a vítima J. C. R., não há prova nos autos de que o delito praticado contra R. B. F. tenha lhe causado, ou a sua família, excepcional abalo psicológico, a ponto de resultar em patologias como as diagnosticadas em J. C. R.

Por ocasião da sentença, o denunciando contava ainda com 69 anos de idade, não se lhe aplicando a atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal. Contudo, para efeitos da condenação pela fato 2, estabelecida por ocasião do julgamento do presente recurso, impõe-se reconhecer a referida circunstância.

Considerando-se a preponderância do fator etário para fins de estabelecimento da reprimenda, deve-se reduzir o *quantum* fixado na pena-base em 6 meses, estabelecendo-se a pena definitivamente em 8 anos e 2 meses de reclusão, eis que inexistentes quaisquer causas de aumento ou diminuição.

Por força do concurso material, já reconhecido na sentença, deve o acusado ser condenado à pena total de 26 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado.

4. A Procuradoria-Geral de Justiça, considerando ter havido eviden-

te conivência das autoridades eclesiásticas, vislumbrada pelo conteúdo de correspondência eletrônica transcrita nas razões recursais do Ministério Público, requereu “a remessa do acórdão e do email em comento ao Arcebispo do Estado de São Paulo [...] bem como ao Arcebispo Primaz do Brasil [...] para que tomem providências para a responsabilização interna dos omissos”. Pugnou, outrossim, que seja “oficiado a Sua Santidade o Papa Francisco I, pedindo providências, para que o acobertamento não seja mais regra na Igreja Católica” (fls. 969-994).

A “responsabilização interna dos omissos”, à toda evidência, é matéria *interna corporis* da instituição religiosa, delimitada pelo Direito Canônico. Ao poder judiciário não é dada qualquer interferência nessa seara. Se, contudo, a conivência dos omissos possa caracterizar qualquer prática delitiva, cumpre ao próprio *dominus litis* buscar os meios investigatórios necessários à apuração.

Como é do conhecimento comum, o Tratado de Latrão, de 1929, reconheceu ao Vaticano a condição de Estado soberano, liderado pelo Papa. Sendo assim, qualquer comunicação oficial com a Santa Sé deve-se dar pelas vias diplomáticas, e não por simples ofício da autoridade judiciária. Além disso, a República Federativa do Brasil evidentemente não tem a prerrogativa de determinar qualquer providência a outro Estado soberano.

5. À vista do exposto, deve-se dar provimento parcial ao recurso defensivo para afastar a circunstância agravante prevista no art. 61, II, “g”, do Código Penal, e provimento parcial ao recurso do Ministério Público para condenar o acusado com relação ao fato 2, fixando-se a pena total em 26 anos e 2 meses de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença.

É como voto.

Apelação Criminal n. 2011.085665-2, de Campo Erê

Relator: Des. Jorge Schaefer Martins

CRIME DE ESTERILIZAÇÃO CIRÚRGICA IRREGULAR. ARTIGOS 15, 16 E 19, TODOS DA LEI 9.263/96. DIPLOMA QUE REGULAMENTA O PLANEJAMENTO FAMILIAR. ARTIGO 226, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

CRIMES PREVISTOS NA LEI 9.263/96. CONSTITUCIONALIDADE POLÊMICA. DISSONÂNCIA COM O ARTIGO 226, § 7º, DA CARTA MAGNA. RESTRIÇÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA. PLANEJAMENTO FAMILIAR. LIVRE DECISÃO DO CASAL. FUNDAMENTO NOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL.

Discutível a constitucionalidade da proibição da laqueadura tubária durante o parto, pois a disposição da Lei n. 9.263/96 está em dissonância com o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal. A Magna Carta estabelece que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, o qual é fundado, inclusive, nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA. QUESTIONAMENTO REFERENTE À NECESSIDADE DE MODERAÇÃO DO LEGISLADOR NO MOMENTO DE ELEGER AS CONDUTAS DIGNAS DE PROTEÇÃO PENAL. DISPOSIÇÃO DE GERAR FILHOS. BEM JURÍDICO PROTEGIDO CUJA DECISÃO NÃO SERIA RELEVANTE À SOCIEDADE.

Milita contra a criminalização da esterilização cirúrgica a aplicação do princípio da intervenção mínima. Cuida-se de princípio que tem como destinatário não só o legislador, como o intérprete do Direito, recomendando moderação no momento de eleger as condutas dignas de proteção penal. Isso é feito justamente para afastar a “proliferação legislativa” de crimes cujo bem jurídico protegido não é penalmente relevante ao indivíduo, tampouco, à sociedade.

DENÚNCIA. DIRETOR DE HOSPITAL. ATRIBUIÇÃO DE CORRESPONSABILIDADE EM VIRTUDE DE REALIZAÇÃO DE LAQUEADURA TUBÁRIA EM PACIENTE. IMPOSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE CONDUTA COM CULPA OU DOLO.

A denúncia deve atribuir ao agente a realização de uma conduta criminosa ou explicitar de que forma contribuiu para o delito. A atribuição genérica da conduta típica e ilícita praticada pelo agente, sem a definição da extensão do seu dolo ou da sua culpa, implica, inegavelmente, na caracterização da responsabilidade penal objetiva. É cediço que o sistema penal pátrio adotou, como regra, o princípio da responsabilidade penal subjetiva, logo, não basta que a conduta seja materialmente causada pelo agente, só podendo haver responsabilização se o fato foi desejado com dolo ou culpa.

AUTO DE EXAME DE CORPO DE DELITO. LAUDO PERICIAL. AUSÊNCIA. MATERIALIDADE. INEXISTÊNCIA. IMPRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA MÉDICA.

Para a comprovação de realização de procedimento médico ou intervenção cirúrgica, é indispensável a feitura de exame de corpo de delito direto, não bastando a simples consulta à prontuário médico ou depoimento testemunhal. Dessa forma, é necessária a realização do auto de exame de corpo de delito, consubstanciado no laudo pericial, o qual comprovaria, indubitavelmente, a materialidade, consistente na efetiva realização da esterilização cirúrgica – laqueadura tubária – na paciente mencionada na inicial acusatória.

É cediço que os crimes que deixam vestígios exigem para comprovação da materialidade, conforme artigos 158 e 159 do Código de Processo Penal, a elaboração do exame de corpo de delito por perito oficial, não podendo ser suprido, nestes autos, pela juntada de prontuário médico ou ficha de atendimento hospitalar.

REFORMA DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2011.085665-2, da comarca de Campo Erê (Vara Única), em que são ape-

lantes Lidovino Mazetto e Olides Lunardi e apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso para absolver os réus, fulcro no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 13 de fevereiro de 2014, os Excelentíssimos Desembargadores Roberto Lucas Pacheco e Rodrigo Collaço. Emitiu parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Heloísa Crescenti Abdalla Freire.

Florianópolis, 24 de março de 2014.

Jorge Schaefer Martins

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público da Comarca de Campo Erê ofereceu denúncia contra Lidovino Mazetto e Olides Lunardi pela prática do crime definido no artigo 15, parágrafo único, inciso I c/c artigo 19, ambos da Lei n. 9.263/96, bem como contra Roberto Herzer Júnior, pela prática do crime definido no artigo 15, parágrafo único, inciso I c/c artigo 16 da mesma lei, em razão da prática dos seguintes fatos:

Extrai-se do incluso inquérito policial que, em data de 20 de setembro de 2002, no Hospital Santo Antônio Ltda., situado no centro desta cidade de Campo Erê, o denunciado Roberto Herzer Júnior, médico, realizou esterilização cirúrgica na pessoa de Rosane Alves de Ramos, simultaneamente ao parto de seu filho, ou seja, na mesma intervenção.

Consta, ainda, que o médico Roberto Herzer Júnior deixou de notificar à autoridade sanitária a esterilização cirúrgica realizada em Rosane Alves de Ramos.

Ressalte-se que a intervenção realizada pelo denunciado Roberto, médico do Hospital Santo Antônio, era do conhecimento e permitida pelos denunciados Lidovino Mazetto e Olides Lunardi, proprietários e administradores de referido nosocômio, que inclusive cobraram pelo procedimento médico.

Recebida a denúncia em 05 de novembro de 2004 (fl. 60); o réu Roberto foi citado por edital, sendo suspenso o processo e o curso do prazo prescricional em relação a ele.

Devidamente citados (fl. 67); e interrogados (fls. 77 a 81); os réus Lidovino e Olides apresentaram resposta à acusação. Ouvidas cinco testemunhas; as partes apresentaram alegações finais.

O Magistrado de Primeiro Grau, Dr. André Luiz Bianchi, proferiu sentença nos seguintes termos:

Ante os fatos e fundamentos expostos, JULGO PROCEDENTE a PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL, para os seguintes fins: a.1) CONDENAR o réu LIDOVINO MAZETTO, qualificado, à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor de 3/5 (três quintos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, como incurso nas sanções do art. 15, parágrafo único, inc. I, c/c art. 19, ambos da Lei n. 9.263/96; a.2) SUBSTITUIR a pena privativa de liberdade a ele aplicada, nos termos anteriormente mencionados; b.1) CONDENAR o réu OLIDES LUNARDI, qualificado, à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor de 3/5 (três quintos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, como incurso nas sanções do art. 15, parágrafo único, inc. I, c/c art. 19, ambos da Lei n. 9.263/96; e b.2) SUBSTITUIR a pena privativa de liberdade a ele aplicada, nos termos anteriormente mencionados (fls. 241/257).

Irresignados, os réus interpuseram recurso de apelação, sustentando a ausência de materialidade delitiva; a atipicidade da conduta; erro de proibição; e participação de menor importância.

Com as contrarrazões, ascenderam os autos a esta Corte.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Dra. He-loísa Crescenti Abdalla Freire, opinou pelo desprovimento do recurso.

VOTO

Merece provimento o recurso.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, na data de 31 de outubro de 2002, o Ministério Público requisitou a abertura de Inquérito Policial para averiguar a possível prática do crime de concussão praticado por funcionário público (artigos 316, *caput*, combinado com o 327, § 1º, ambos do Código Penal), em virtude de suposta cobrança indevida de intervenção cirúrgica (laqueadura tubária) em hospital conveniado pelo Sistema Único de Saúde.

Em não havendo prova do delito mencionado, a investigação tomou novo rumo, para que ocorresse o “aproveitamento” dos atos já praticados pela Autoridade Policial, culminando no oferecimento da denúncia pelo delito de “esterilização irregular”, crime descrito nos artigos 15, 16 e 19, todos da Lei 9.263/96, estatuto que regulou o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício

desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Já os artigos da mencionada Lei prevêem, respectivamente, que:

Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei. (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) Mensagem nº 928, de 19.8.1997

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada:

I - durante os períodos de parto ou aborto, salvo o disposto no inciso II do art. 10 desta Lei.

II - com manifestação da vontade do esterilizado expressa durante a ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente;

III - através de histerectomia e ooforectomia;

IV - em pessoa absolutamente incapaz, sem autorização judicial;

V - através de cesária indicada para fim exclusivo de esterilização.

Art. 16. Deixar o médico de notificar à autoridade sanitária as esterilizações cirúrgicas que realizar.

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

[...]

Art. 19. Aplica-se aos gestores e responsáveis por instituições que permitam a prática de qualquer dos atos ilícitos previstos nesta Lei o disposto no *caput* e nos §§ 1º e 2º do art. 29 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Por fim, dispõe o artigo 10 da Lei 9.263/96 os elementos normativos do tipo penal em exame:

Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

§ 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.

§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

§ 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.

Assim, vê-se que a lei em tela criou o delito de “esterilização cirúrgica irregular”, nomenclatura conferida pelo Supremo Tribunal Federal, na AP 401, cujo Relator foi o Min. Dias Toffoli, em decisão do Tribunal Pleno, julgado em 08 de setembro de 2011.

Neste julgado do Pretório Excelso, consta que “*A esterilização pode ser entendida como o ato ou efeito de esterilizar, ou seja, de tornar infértil, infecundo, improdutivo (o animal, a planta, a terra). Nos seres humanos, a esterilização consiste no ato de empregar técnicas especiais, cirúrgicas ou não, no homem ou na mulher, para impedir a fecundação. Antônio Chaves classifica a esterilização em eugênica, cosmetológica, terapêutica ou de limitação de natalidade (Direito à vida e ao próprio corpo. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: RT, 1994)*”.

Sendo assim, com referência à esterilização feminina, o crime pune, basicamente, a realização de “laqueadura tubária”, condutas que envolvem conceitos complexos, não facilmente identificáveis por leigos.

Preliminarmente, de se dizer que em artigo publicado na jornal Carta Forense, em 14 de julho de 2009, o Promotor de Justiça de São Paulo, Dr. Eduardo Martins Boiati, defende a inconstitucionalidade da proibição da laqueadura tubária durante o parto, entendendo que a lei em exame está em dissonância com o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, pois restringe norma constitucional de eficácia plena, já que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, o qual é fundado, inclusive, no princípio da dignidade da pessoa humana ([http://www.cartaforense.com.br/conteudo /artigos/inconstitucionalidade-da-proibicao-de-laqueadura-tubaria-durante-o parto/4410](http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/inconstitucionalidade-da-proibicao-de-laqueadura-tubaria-durante-o-parto/4410)).

Ademais, a respeito da liberdade de planejamento familiar, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 3510, de relatoria do Min. Ayres Britto, julgada em 29 de maio de 2008, que versou sobre a constitucionalidade

da Lei de Biossegurança, utilizou como argumento para a sua fundamentação, que:

“A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como ‘direito ao planejamento familiar’, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da ‘dignidade da pessoa humana’ e da ‘paternidade responsável’. (...) A opção do casal por um processo *in vitro* de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou *in vitro*. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à ‘liberdade’ (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva. Mais exatamente, planejamento familiar que, ‘fruto da livre decisão do casal’, é ‘fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável’ (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226ctx20). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do ‘planejamento familiar’ na citada perspectiva da ‘paternidade responsável’. Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião *in vitro* fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição”.

Nesse contexto, pode-se extrair da decisão do Pretório Excelso, que o casal possui autonomia para efetivar o seu planejamento familiar

de acordo com sua realidade, podendo tomar as decisões que melhor lhe aprouver, sendo isto reflexo e materialização do princípio da paternidade responsável.

Ainda, milita contra a criminalização da esterilização cirúrgica a aplicação do princípio da intervenção mínima. Este, que, além do legislador, também tem como destinatário o intérprete do Direito, recomenda moderação no momento de eleger as condutas dignas de proteção penal, justamente para afastar a “proliferação legislativa” de crimes cujo bem jurídico protegido não é penalmente relevante nem ao indivíduo, tampouco, à sociedade.

De acordo com Cleber Masson, o direito penal deve ser compreendido, indiscutivelmente, como a “*ultima ratio*”, pois sua função, por excelência, é a de proteção aos bens jurídicos seletivos (Direito penal esquematizado, vol. 1: parte geral, arts. 1º a 120. São Paulo: Método, 2011. p. 38).

Sobre o mesmo tema, leciona Bitencourt:

Os legisladores contemporâneos, nas mais diversas partes do mundo, têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da inflação legislativa reinante nos ordenamentos positivos.

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como a *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável

Nesse viés, permitir que o direito penal – medida extrema de aplicação – se preste a tutelar qualquer bem jurídico criado, sem qualquer juízo de valor positivo acerca da relevância do bem a ser efetivamente criminalizado, é perpetuar a inflação legislativa e a hipertrofia do direito penal.

A propósito, é firme sentir que a Lei nº 9.263/96, no tocante a sua parte penal, não encontra sintonia com os princípios da intervenção mínima, que, repisa-se, deve ser reservado às excepcionais hipóteses efetivamente necessárias.

Ademais, não há mandado constitucional de criminalização no artigo 226 da Constituição Federal, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o artigo 5º, inciso XLII, em que Lei Maior ordenou ao legislador ordinário a criminalização do racismo, que ocorreu com a Lei n. 7.716/89.

Nesse viés, o constituinte não emitiu ordem criminalizadora para a conduta de deliberação autônoma da entidade da família acerca da quantidade de filhos que o casal se dispõe a conceber, como deixou de definir quais seriam os métodos legítimos para evitar uma fecundação não planejada ou indesejada.

A questão é, inclusive, de política pública e de controle de taxa de natalidade, sendo que, a criminalização da esterilização pode até estimular a sujeição das gestantes a métodos “clandestinos” contraceptivos, que violam agressivamente a sua integridade física.

Certamente, a intenção do legislador, quando da edição da Lei nº 9.263/96, não era criminalizar todo e qualquer tipo de procedimento de esterilização e, menos ainda, aqueles em que os legítimos responsáveis pela organização familiar expressamente consentem. O caso dos autos pressupõe que o casal teria tomado a decisão conjuntamente, optando por realizar a laqueadura tubária, conforme se depreende de seus depoimentos nas fls. 172 e 184.

Reforça-se que o Direito Penal só deve ser aplicado em casos excepcionais. Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que *“a missão do Direito Penal moderno consiste em tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Em decorrência disso, a intervenção penal deve ter o caráter fragmentário, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes e em casos de lesões de maior gravidade”* (HC 50863/PE, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, j. em 04/04/2006).

Bem como o Supremo Tribunal Federal, decidindo acerca do princípio da insignificância:

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social (HC 92463, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 16/10/2007).

Na sequência, deve-se consignar que a denúncia atribui aos apelantes a corresponsabilidade pela esterilização da paciente, por se tratarem de proprietários e administradores do nosocômio onde os fatos teriam ocorrido, sem informar, contudo, de que forma contribuíram para o crime.

Ora, a atribuição genérica da conduta típica e ilícita praticada pelo agente, sem a definição da extensão do seu dolo ou da sua culpa, implica, inegavelmente, na caracterização da responsabilidade penal objetiva.

É cediço que o sistema penal pátrio adotou, como regra, o princípio da responsabilidade penal subjetiva, logo, não basta que a conduta seja materialmente causada pelo agente, só podendo haver responsabilização se o fato foi desejado com dolo ou culpa.

Mesmo que excepcionalmente nossa legislação preveja exemplos concretos de responsabilidade penal objetiva, que são raros, tais como a rixa qualificada (artigo 137, parágrafo único, do Código Penal) e a teoria da *actio libera in causa* (artigo 28, inciso II, do mesmo diploma), o crime ora analisado deve ser examinado sob a ótica da responsabilidade penal subjetiva.

Portanto, é inadmissível condenar os apelantes pela prática do crime tipificado, por serem administradores do hospital em que foi realizada a laqueadura tubária, sem que lhe sejam obrigatoriamente atribuída uma conduta em que tenham agido com culpa ou dolo.

Sobre o tema, ensina Fernando Capez:

Nenhum resultado objetivamente típico pode ser atribuído a quem não o tenha produzido por dolo ou culpa, afastando-se a responsabilidade objetiva. No mesmo modo, ninguém pode ser responsabilizado sem que reúna todos os requisitos da culpabilidade (Curso de direito penal. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 44).

Acerca da impossibilidade da responsabilização penal objetiva, já decidiu esta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/90). NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO ÓRGÃO MINISTERIAL OBJETIVANDO A CONDENAÇÃO DOS

RÉUS. NÃO ACOLHIMENTO. APELADO VERÍSSIMO DA CUNHA BATISTA. CONTADOR DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE PROVAS ESCORREITAS DE QUE O AGENTE POSSUÍA PODER DE DECISÃO ACERCA DA SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS OU QUE AUXILIASSE OS ADMINISTRADORES DA EMPRESA NA FRAUDE EMPREGADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA QUE DEVE SER AFASTADA. APLICAÇÃO NECESSÁRIA DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. “No processo criminal, maxime para condenar, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade desta ou daquele. E não pode, portando, ser a certeza subjetiva, formada na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio” (RT 619/267). APELADA MARIA SALETE PICKLER BATISTA. SÓCIA-ADMINISTRADORA DA EMPRESA FRAUDADORA. AGENTE QUE, APESAR DO SEU CARGO, NÃO EXERCIA FUNÇÕES GERENCIAIS. AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DE TER PARTICIPADO OU CONTRIBUÍDO PARA A PRÁTICA DELITIVA. CONDUTA QUE NÃO PODE SER PRESUMIDA, SOB PENA DE SE VER RECONHECIDA A RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. “A mera condição de sócio, administrador, gerente ou funcionário de uma empresa não é suficiente para a responsabilização criminal dessas pessoas pelo cometimento do crime de sonegação fiscal, sendo imprescindível que tenham participado dos atos delituosos ou, no mínimo, contribuído de qualquer forma para a sua consumação” (Apelação Criminal n. 2003.023497-7, de Itajaí, rel. Des. Carstens Köhler). (Apelação Criminal n. 2010.066786-3, de Joinville, rel. Des. Alexandre d’Ivanenko, j. 6-7-2011). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 2013.013542-0, de Joinville, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, Primeira Câmara Criminal, j. 17-12-2013).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/90). NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO CORRÉU. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DIANTE DA AUSÊNCIA DE DOLO. ALEGADO O NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTO EM

RAZÃO DAS DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. INACOLHIMENTO. IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS (ICMS) QUE, POR SER TRIBUTOS INDIRETOS, ONERA O CONSUMIDOR FINAL (CONTRIBUINTE DE FATOS). FALTA DE RECOLHIMENTO QUE PREJUDICA TODA A COLETIVIDADE. RECURSO DESPROVIDO. RECURSO MINISTERIAL. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO CONCURSO MATERIAL DOS CRIMES. IMPOSSIBILIDADE. REITERAÇÃO DE CONDUTAS QUE CARACTERIZA A CONTINUIDADE DELITIVA, PREVISTA NO ART. 71, DO CP. MANUTENÇÃO DA EXASPERAÇÃO EM RAZÃO DO CRIME CONTINUADO QUE SE IMPÕE. AINDA, PEDIDO DE CONDENAÇÃO DA CORRÊ POR FIGURAR NO CONTRATO SOCIAL COMO SÓCIA-ADMINISTRADORA DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE PROVA NOS AUTOS DE QUE A ACUSADA EXERCIA FUNÇÕES GERENCIAIS NA EMPRESA. ADEMAIS, CORRÊU QUE CONFESSA QUE ADMINISTRAVA A EMPRESA SEM A INTERFERÊNCIA DA ESPOSA. VEDAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (Apelação Criminal n. 2013.020506-4, de Joinville, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, Segunda Câmara Criminal, j. 12-11-2013).

E, não bastasse o argumento da impossibilidade de conferir ao crime a responsabilização objetiva, verifica-se, também, que a materialidade do fato imputado, não está suficientemente demonstrada.

Da doutrina de Delton Croce e Delton Croce Júnior, tem-se que a perícia ou diligência médico-legal é “toda sindicância praticada por médico, objetivando esclarecer à Justiça os fatos de natureza específica e caráter permanente, em cumprimento à determinação de autoridades competentes”, sendo que a Autoridade Judicial deve recorrer ao profissional de medicina toda vez que em uma ação penal ou civil, deva ser esclarecido um fato médico (Manual de Medicina Legal. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 39).

Segundo ditos autores, a perícia sobre pessoa, visa determinar a identidade, idade, raça, sexo, altura, bem como diagnosticar prenhez, o parto e o puerpério, dentre outras coisas.

Ainda, esclarecem que, enquanto o exame de corpo de delito registra no laudo a existência e a realidade do delito, o corpo de delito é o próprio crime na sua tipicidade, sendo que o resultado obtido na perícia tem como objetivo evidenciar a realidade da infração penal (op. cit. p. 43).

Nesse contexto, nas infrações penais que deixam vestígios, o artigo 158 do Código de Processo Penal estatui a obrigatoriedade de realização de laudo pericial, e, a falta desse exame, ou sua elaboração fora do referido permissivo legal, faz nula a prova da materialidade do fato criminoso, não sendo possível o suprimento do vício nem mesmo pela confissão do acusado.

Nesse sentido:

“Nulo é o processo em que, tendo a infração penal deixado vestígios e não existindo qualquer obstáculo à realização do exame de corpo de delito, este não é realizado. O art. 158 do CPP encerra uma regra de observância compulsória, cuja preterição é fulminada com a pena de nulidade, não suprimindo a confissão do réu, nem a prova testemunhal” (RT, 208:71).

Dessa feita, como bem mencionado pelos doutrinadores retro-mencionados, a prova da realização de procedimento médico ou intervenção cirúrgica, indispensável para a comprovação da materialidade, se faz através de exame de corpo de delito direto, não bastando a simples consulta à prontuário médico ou depoimento testemunhal.

Cumpre esclarecer que a “ficha clínica é documento particular que, ao contrário do documento público, não tem presunção relativa de validade e, por nem sempre ser permanentemente arquivada, dificulta

sobremodo a consulta para a produção de prova para eventual revisão criminal” (ob cit. p. 44).

Dessa forma, é necessária a realização do auto de exame de corpo de delito, consubstanciado no laudo pericial, o qual comprovaria, indubitavelmente, a materialidade, consistente na efetiva realização da esterilização cirúrgica – laqueadura tubária – na paciente mencionada na inicial acusatória.

Além disso, poder-se-ia discutir acerca da necessidade de comprovação do sucesso da intervenção cirúrgica, isto é, que a mulher submetida ao procedimento tenha ficado efetivamente estéril, já que o crime previsto na Lei 9.263/96 tutela o planejamento familiar.

Assim, somente o prontuário médico e a ficha de atendimento, por si só, não são suficientes para a comprovação do delito, pois, inegavelmente, não se pode descartar a possibilidade de falha no procedimento.

Nesse contexto, de acordo com um estudo realizado conjuntamente pela Associação Médica Brasileira e pelo Conselho Federal de Medicina, com o objetivo de conciliar informações da área médica a fim de padronizar as condutas dos profissionais, datado de maio de 2009, o índice de falha em procedimentos de laqueadura gira em torno de 18,5 (dezoito vírgula cinco) casos em 1000 (um mil) paciente.

Aliás, não são raras as ações cíveis de indenização em virtude da falibilidade da laqueadura tubária, com consequente nascimento de filhos não desejados:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS. FALIBILIDADE DO PROCEDIMENTO DE LAQUEADURA. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO (ERRO MÉDICO) POR PARTE DO PROFISSIONAL. INSURGÊNCIA, TÃO SOMENTE, QUANTO À AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO POR PARTE DO MÉDICO, SOBRE A POSSIBI-

LIDADE DE UMA NOVA GRAVIDEZ. AUTORA QUE JÁ POSSUÍA OUTROS CINCO FILHOS E ENGRAVIDOU DO SEXTO INDESEJADAMENTE. INSUBSISTENCIA DAS ALEGAÇÕES. CONHECIMENTO PÚBLICO E NOTÓRIO DA POSSIBILIDADE DE INSUCESSO DA OPERAÇÃO. ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBIA À AUTORA. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DANO MORAL NÃO EVIDENCIADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2009.000396-2, de Balneário Camboriú, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 17-03-2011).

CIVIL. INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO. CIRURGIA DE LAQUEADURA TUBÁRIA. GRAVIDEZ INDESEJADA. RESPONSABILIDADE MÉDICA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA OU IMPERÍCIA NÃO CONFIGURADAS. NEXO CAUSAL INDEMONSTRADO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO AFASTADA. RECURSO DESPROVIDO.

A superveniência de gravidez indesejada, após cirurgia de laqueadura tubária, não enseja indenização se o médico age dentro das normas técnicas da medicina, utilizando os métodos adequados, com prudência e perícia, pois se trata de obrigação de meio, uma vez que nem mesmo a literatura médica afasta a possibilidade de uma nova gravidez. (A. C. 2006.047782-1, de Joinville, Rel.: Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 16.10.2009).

Em tempo, ao contrário do que poderia parecer, não se mostra viável aplicar o artigo 167 do Código de Processo Penal, cuja redação é a seguinte: “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.

Sobre tal dispositivo, destacam-se as seguintes considerações:

39. Alternativa do exame de corpo de delito: especificou o art. 158 antecedente que, nas infrações que deixarem vestígios materiais, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto. Assim, é preciso que os

peritos façam a análise da *causa mortis* ou dos rastros deixados pelo delito, podendo ser lesões corporais, sinais de arrombamento, causas de um incêndio, entre outros fatores, conforme a natureza do crime. Entretanto, pode ser que os vestígios tenham desaparecido, o que, geralmente, ocorre quando o delinqüente faz o possível para ocultar sua ação. Nessas situações, quando o cadáver é perdido por qualquer causa, ou é destruído pelo agente, quando as lesões leves, uma vez curadas, desaparecem, quando a vítima troca a porta arrombada, desfazendo-se de vez da anterior, enfim, inexistindo possibilidade dos peritos terem acesso, ainda que indireto ao objeto a ser analisado, pode-se suprir o exame de corpo de delito por testemunhas [...] Acrescente-se, ainda, não ser válida a formação de corpo de delito indireto (por testemunhas), quando a responsabilidade pelo sumiço dos rastros deve-se, exclusivamente, a desídia (ou outra causa similar) dos agentes do Estado. Portanto, se o objeto da análise pericial deixou de existir porque não houve efetivação da perícia a tempo, em virtude de descaso estatal, a prova testemunhal é imprestável (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 377-378).

Realmente, se fosse o caso, o sobredito artigo 167 do Código de Processo Penal determinaria a viabilidade de suprimento da ausência do exame de corpo de delito direto quando, por desídia estatal, ele não fosse realizado. Não se pode, nesse ponto, elastecer a interpretação desse dispositivo em prejuízo dos acusados, sob pena de violação do princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal).

Sobre esse assunto:

Caberia, no entanto, uma indagação: e se o exame direto for possível, e, mesmo assim, não for realizado, por inércia ou desídia da autoridade (ou, pelos mesmos motivos, for realizado de forma nula, vindo essa nulidade a ser proclamada), caberia o exame pela forma indireta? Entendemos que ocorrerá a nulidade do art. 564, inc. III, letra b, estando expressa ali a ressalva do art. 167, que – por sua vez – permite o exame indireto nas hipóteses de “...

haverem desaparecido os vestígios”, e não por incúria da autoridade na sua realização. Também a realização de forma direta ou indireta não é uma opção ou escolha da autoridade, mas o indireto somente é possível quando desaparecidos os vestígios (MESSIAS, Irajá Pereira. Da prova pericial. Campinas: Bookseller, 2001. p. 321).

Da mesma forma, escreve Vicente Grego Filho:

Para que a substituição do exame pela prova testemunhal possa ocorrer validamente, porém, é preciso que o desaparecimento dos vestígios seja decorrente de causas *não*-imputáveis aos órgãos de persecução penal.

O exemplo clássico do corpo de delito indireto é o do homicídio com o corpo jogado ao mar, não sendo possível o exame necroscópico.

Se, porém, os vestígios desaparecerem em virtude de inércia, inclusive burocrática, dos órgãos policiais ou judiciais, a menor segurança da prova testemunhal não pode ser carregada ao acusado. Assim, se a vítima de um furto com arrombamento, cansada de esperar a visita dos peritos, manda consertar a janela arrombada e, por ocasião do exame, não se constata mais vestígios, a prova testemunhal não pode suprir a falta da perícia. O art. 167 do Código de Processo Penal, como uma exceção à garantia do acusado quanto à constatação dos vestígios por exame pericial, deve ser interpretado estritamente, impondo que se aplique, exclusivamente, à hipótese de desaparecimento natural, ou por ação do próprio acusado, e não por inércia dos órgãos de persecução penal que atuam contra o eventual réu (*Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 222).

Reafirma-se, pois, que o exame de corpo de delito indireto, normalmente efetuado por meio da inquirição de testemunhas, é supletivo ao exame de corpo de delito direto, razão pela qual a realização desse exame não é uma mera faculdade, notadamente diante da redação do artigo 158 do Código de Processo Penal, que determina ser indispensável a sua feitura.

Bem assim, diante da prova documental referendada, não houve maiores embaraços à realização do auto de exame de corpo de delito, que não foi realizado, ao que tudo indica, por desídia dos órgãos estatais.

Não impressiona, nessa ordem de idéias, a assertiva de que no processo penal brasileiro prevalece o princípio da verdade real, o qual justificaria uma flexibilidade da legislação processual. Isso porque a verdade buscada na instrução criminal deve ser aquela viável de ser alcançada por meio das provas lícitas ou legítimas, nunca a que poderia supostamente ser verificada com violação à legislação material ou processual vigente.

Dessa perspectiva, a chamada verdade real, para ser admitida no processo penal, deve ser, antes de tudo, uma verdade demonstrada de acordo com a lei, e não aquela que o Julgador, por razões puramente subjetivas, entende deva ser trazida à tona nos autos, custe o que custar, doa a quem doer.

Assim sendo, não é viável admitir a prova de um fato que não tenha sido demonstrado em termos legais, ainda que a Autoridade Judiciária, subjetivamente, esteja convencida da sua existência. Do corpo do voto proferido no REsp. n. 901.856/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 26 de junho de 2007, extrai-se o seguinte trecho, que reforça a argumentação ora utilizada:

A injustificável falta do exame de corpo de delito, a par de constituir uma nulidade por força da lei, pode eventualmente ensejar, como consequência, a falta de prova essencial de materialidade do delito ou de circunstância qualificadora ou majorante. Tudo depende processualmente do caso em si. O que não pode acontecer é reconhecer-se, como homenagem à suposta verdade real, algo como provado, quando em verdade, em termos legais, tal demonstração incorreu.

No presente caso, como referendado, não houve a realização da perícia para constatação de que o procedimento cirúrgico foi efetivamente realizado, ou que a paciente não seja capaz de gerar filhos, isto é, não há exame de corpo de delito para a aferição da materialidade.

Nessa conformidade, é necessária a absolvição dos réus, com base no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal, devendo ser dado provimento ao recurso.

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 2014.034144-2, de Dionísio Cerqueira

Relator: Des. Rodrigo Collaço

HABEAS CORPUS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE DECORRENTE DA SUPOSTA INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL DA AUTORIDADE COATORA E DA POLÍCIA JUDICIÁRIA. CUMPRIMENTO DO MANDADO DE PRISÃO TEMPORÁRIA E DE BUSCA E APREENSÃO FORA DO LIMITE TERRITORIAL DA COMARCA. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO PARA A APURAÇÃO DA PRÁTICA DE CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NO MUNICÍPIO DE ATUAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL. EXERCÍCIO DE ATRIBUIÇÃO, NÃO DE COMPETÊNCIA, PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA. CUMPRIMENTO DE DILIGÊNCIAS EM CIDADE CONTÍGUA E SEM A EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. HIPÓTESE DE NULIDADE RELATIVA PRATICADA DO CURSO DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO, QUE NÃO AFETA A AÇÃO PENAL SUBSEQUENTE, NEM A PRISÃO CAUTELAR. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA.

Sendo o exercício da jurisdição um ato privativo do Estado, a polícia judiciária não se submete à norma constitucional prevista no art. 5º, inc. LIII, da Constituição Federal, segundo a qual “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Logo, a autoridade policial tem atribuição para investigar e realizar diligências fora do seu limite territorial, desde que o delito investigado tenha repercutido no seu município.

De todo modo, eventual incompetência territorial, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão, seja na ausência de expedição de carta precatória para a execução de diligência, encerra nulidade relativa, que, por ter sido praticada no curso de um inquérito policial, procedimento dispensável e investido de natureza inquisitória, não alcança a ação penal subsequente, nem anula a prisão cautelar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n. 2014.034144-2, da comarca de Dionísio Cerqueira (Vara Única), em que é impetrante Gaspar Fidelis de Almeida Junior, e pacientes Jaime de Souza Soares e outros:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, denegar a ordem. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Jorge Schaefer Martins (Presidente) e Roberto Lucas Pacheco.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 26 de junho de 2014

Rodrigo Collaço

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Gaspar Fidelis de Almeida Junior em favor de Jaime de Souza Soares, Noili Ferreira e Eliane Ferreira em razão da decisão proferida pelo juízo da Vara Única da comarca de Dionísio Cerqueira que, nos autos n. 00004848520148240017, decretou a prisão temporária e, em seguida, a preventiva dos pacientes, impostas pela prática, em tese, de delitos tipificados nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Notícia o impetrante que os pacientes encontram-se presos desde o dia 04/04/2014.

Sustenta, em síntese, a incompetência territorial da autoridade coatora, ao argumento de que o juízo competente é o da Comarca de Barracão, situada no Estado do Paraná, onde teria ocorrido a prisão.

Argumenta, ainda, a necessidade de expedição de carta precatória para o cumprimento dos mandados de prisão em comarca distinta daquela em que a ordem fora emitida. Por tal razão, suscita a nulidade da prisão cautelar.

Postula, ao final, inclusive liminarmente, a concessão da ordem para que os pacientes possam responder à futura ação penal em liberdade.

Indeferida a liminar e solicitadas informações à autoridade coatora, estas foram devidamente prestadas.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer da lavra do Excelentíssimo Doutor Genivaldo da Silva, opinou pelo não conhecimento da ordem ou, alternativamente, pela sua denegação.

VOTO

Os pacientes tiveram a sua prisão temporária decretada pela suposta prática dos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, a qual, em seguida, foi convertida em preventiva pelo Juízo Criminal da Comarca de Dionísio Cerqueira.

No *habeas corpus*, o impetrante suscita a nulidade da prisão provisória dos pacientes sob o argumento de que a decisão judicial proferida pelo Juízo da Comarca de Dionísio Cerqueira não observou a competência territorial e foi cumprida em uma cidade vizinha sem a expedição de carta precatória.

1. De início, convém esclarecer que, embora o *habeas corpus* trate de competência territorial, o impetrante suscita a nulidade da prisão cau-

telar dos pacientes. A ameaça à liberdade de locomoção dos indiciados justifica o pleno conhecimento do *writ*.

2. No tocante ao mérito propriamente dito, os relatórios de investigação criminal juntados no volume em apenso denunciam que a Polícia Federal instaurou um inquérito policial para apurar a prática do crime de tráfico de drogas no Município de Dionísio Cerqueira. O procedimento tramitava em sigilo também por causa do deferimento da medida cautelar de interceptação telefônica.

No curso destas investigações, mas sem a sua ciência, a Polícia Civil do Município de Dionísio Cerqueira prendeu dois dos pacientes (Jaime e Noeli) na posse de substância entorpecente (cocáína), mas a sua atuação resultou na lavratura de um termo circunstanciado pela prática do crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas (fls. 52/55 do anexo). Ainda paralelamente à atuação da Polícia Federal, a Polícia Civil instaurou um inquérito policial próprio para apurar a prática do crime de tráfico de drogas no mesmo município.

Ao tomar conhecimento da existência de outro inquérito policial, a Polícia Civil solicitou à autoridade judicial o compartilhamento das investigações então realizadas pela Polícia Federal, o que lhe foi deferido.

Diante de novos elementos de prova, que traziam indícios da prática do crime de tráfico de drogas dentro dos limites territoriais do Município de Dionísio Cerqueira, a Polícia Civil representou pela prisão temporária dos pacientes e de outro investigado e pela realização de busca e apreensão nas suas residências.

A decisão judicial favorável aos pleitos foi, então, proferida pelo Juízo Criminal da Comarca de Dionísio Cerqueira.

Em uma primeira tese, o impetrante suscita a incompetência territorial da autoridade coatora, pois, no seu entendimento, o delito teria

sido cometido, em tese, no Município de Barracão, situado no Estado do Paraná, onde foram cumpridos os dois mandados judiciais.

Sem ignorar que os dois municípios são limítrofes, os elementos de prova reunidos no inquérito policial instaurado pela Polícia Civil revelam que o crime de tráfico de drogas teria sido praticado dentro da área territorial do Município de Dionísio Cerqueira. Tanto é assim que dois dos pacientes foram presos (e depois liberados) no Município de Dionísio Cerqueira, onde respondem a um termo circunstanciado pela suposta prática do crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas.

A existência destes indícios afastaria, por si, a regra processual contida no art. 72 do Código de Processo Penal, pois, segundo a investigação criminal, é conhecido o local da infração.

De todo modo, a autoridade policial não pratica atos de jurisdição, logo, não estaria sujeita à regra de competência prevista no art. 72 do Código de Processo Penal (vide, a propósito, a Apelação Criminal n. 2014.015163-0, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 03/06/2014). Ou melhor, agora segundo a lição de Fernando Capez:

“Ao limitar as atividades da polícia judiciária ao ‘território de suas respectivas jurisdições’, o art. 4º, *caput*, do Código de Processo Penal cometia um equívoco: onde se lia jurisdições, se devia ler circunscrições, eis que indica o território dentro do qual as autoridades policiais têm atribuições para desempenhar suas atividades, de natureza eminentemente administrativas. O termo jurisdição designa a atividade por meio da qual o Estado, em substituição às partes, declara a preexistente vontade da lei ao caso concreto. Por esta razão, o legislador deu nova redação ao *caput* do citado artigo, incluindo no lugar de jurisdição o termo circunscrição. A referência no parágrafo único à competência também não é exata; melhor se houvesse dito atribuição. De qualquer forma, o termo competência deve ser tomado em seu sentido vulgar, como poder conferido a alguém para conhecer de determinados assuntos, não se confundindo com competência jurisdicional, que é a medida concreta do Poder Jurisdicional” (in Curso de Processo Penal. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 114-115).

Julio Fabbrini Mirabete compartilha do mesmo entendimento:

“Embora o Código se refira aos atos da Polícia Judiciária em suas respectivas ‘circunscrições’, não se impede que a autoridade policial investigue uma infração penal cometida em outra, desde que repercuta em sua competência, já que os atos inquisitórios não estão sob a égide do art. 5º, LIII, da CF, que se refere apenas ao processo pela autoridade ‘judiciária’ competente. O Código possibilita, inclusive, diligências da autoridade policial em outra circunscrição (art. 22). De qualquer forma, a incompetência *rationi loci* é apenas relativa, não dando margem à nulidade do inquérito policial” (in Código de Processo Penal Interpretado. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 88).

Há precedentes dos Tribunais Superiores sobre o assunto:

“1. Ao expressar que a polícia judiciária é exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas jurisdições (*rectius* circunscrição), o art. 4º do Código de Processo Penal não impede que autoridade policial de uma circunscrição (estados ou municípios) investigue os fatos criminosos que, praticados noutra, hajam repercutido na de sua competência, pois os atos de investigação, por serem inquisitórios, não se acham abrangidos pela regra do art. 5º, LIII, da Constituição, segundo a qual só a autoridade competente pode julgar o réu. [...]” (STF, HC nº 54.933, RTJ 82/118).

“PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. REQUISIÇÃO DE PROCURADOR DA REPÚBLICA. CRIME. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. Não se mostra viável o pleito de trancar inquérito policial instaurado pela Polícia Federal, em atendimento a requisição de Procurador da República, em crime que, posteriormente, o Tribunal Regional entendeu ser de competência da Justiça Estadual.

2. Consoante pacífico entendimento doutrinário-jurisprudencial, a autoridade policial e o membro do *Parquet* agem por “atribuição”, e, nosso sistema

processual-penal refere-se tão-somente à ausência de “competência” como causa de nulidade.

[...]

4. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp nº 232.760/CE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, j. em 03/12/2001).

E assim é porque o inquérito policial tem regra específica sobre a competência (art. 22 do Código de Processo Penal), assim interpretado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME DE ESTELIONATO. FRAUDE PARA RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO OU VALOR DE SEGURO. INQUÉRITO POLICIAL. DELEGACIA ESPECIALIZADA. ARGÜIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE POLICIAL. IMPROCEDÊNCIA.

1. Em se tratando de investigação da Polícia Judiciária, procedida mediante a instauração de Inquérito Policial, não há falar em competência, mas em circunscrição. E essa divisão territorial é estabelecida meramente no intuito de organizar a atuação administrativa, inexistindo qualquer óbice legal à realização de diligências em circunscrição distinta daquela onde se tem em andamento um inquérito policial, consoante o disposto no art. 22 do CPP.

2. *In casu*, nem mesmo há transposição de circunscrição, na medida em que o eventual crime de estelionato, praticado na forma do art. 171, § 2º, inciso V, do Código Penal, está sendo investigado pela Delegacia de Fraudes Contra Seguros, criada para atuar em todo o Estado.

3. Recurso desprovido” (RMS nº 13.813/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2004, DJ 02/08/2004, p. 418)

Tampouco gera a nulidade da prisão cautelar o cumprimento do mandado de prisão temporária e da medida cautelar de busca e apreensão em município vizinho daquele que emanou a ordem judicial.

Fernando Capez também legitima a prática do ato, assim dizendo:

“Atenção: Não obstante as disposições sobre a competência das autoridades policiais, tem-se entendido que a falta de atribuição destas não invalida os seus atos, ainda que se trate de prisão em flagrante, pois, não exercendo a Polícia atividade jurisdicional, não se submete ela à competência jurisdicional *rationi loci* (RT, 531/364, 545/315). Anote-se que o art. 5º, LIII, da Constituição Federal não se aplica às autoridades policiais, porquanto não processam e nada sentenciam. Com efeito, referido dispositivo, ao estatuir que ‘ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente’, estabeleceu, ao mesmo tempo, dois princípios: o de que ninguém será processado senão pelo promotor de justiça previamente indicado de acordo com regras legais e objetivas (princípio do ‘promotor natural’), sendo vedada a designação especial de acusador, da mesma forma que seria odiosa a indicação singular de magistrado para julgar alguém; [...] A norma constitucional, contudo, não prevê, em momento algum, o direito de o suspeito ser investigado pelo delegado previamente indicado, até porque, sendo o inquérito um procedimento inquisitivo, não haveria que se falar em devido processo legal. À vista disso, não se pode falar em princípio do ‘delegado natural’, muito menos em nulidade dos atos investigatórios realizados fora da circunscrição da autoridade policial. Ademais, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que o inquérito policial é mera peça de informação, cujos vícios não contaminam a ação penal. Por essas razões, não há qualquer nulidade em o inquérito policial ser presidido por autoridade policial incompetente, nem possibilidade de relaxamento da prisão em flagrante por esse motivo” (in ob cit., p. 115-116).

O Superior Tribunal de Justiça também afastou a nulidade decorrente do exercício de atribuição pela polícia judiciária, sob o argumento de que a mácula não afeta a ação penal subsequente; veja-se:

“*HABEAS CORPUS*” SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINARIO - ALEGADA NULIDADE DE AÇÃO PENAL, PORQUE O INQUERITO TERIA SIDO PRODUZIDO PELA POLICIA CIVIL E NÃO MILI-

TAR, ESTANDO O CRIME AFETO A JURISDIÇÃO DESTA ÚLTIMA - PEÇA MERAMENTE INFORMATIVA, QUE NÃO VICIA O PROCESSO PENAL - PRECEDENTES: STF E STJ.

1. Não se vislumbra nulidade se o inquérito, ao invés de ter sido feito pela polícia militar, o foi pela civil, posto que tal situação em nada interfere na subseqüente ação penal.

2. ‘*Writ*’ denegado” (STJ, HC nº 6.418/PR, Rel. Min. Anselmo Santiago, Sexta Turma, j. em 17/02/1998).

Sendo o exercício da jurisdição um ato privativo do Estado, a polícia judiciária não se submete à norma constitucional prevista no art. 5º, inc. LIII, da Constituição Federal, segundo a qual “*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*”. Logo, a autoridade policial tem atribuição para investigar e realizar diligências fora do seu limite territorial, desde que o delito investigado tenha repercutido no seu município.

De todo modo, eventual incompetência territorial, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão, seja na ausência de expedição de carta precatória para a execução de diligência, encerra nulidade relativa, que, por ter sido praticada no curso de um inquérito policial, procedimento dispensável e investido de natureza inquisitória, não alcança a ação penal subseqüente, nem anula a prisão cautelar.

3. Ante o exposto, o voto é no sentido de denegar a ordem.

RECURSO CRIMINAL

Recurso Criminal n. 2012.075145-8, de Timbó

Relator: Des. Jorge Schaefer Martins

TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO.

ANÁLISE *EX OFFICIO*. PERITOS NÃO OFICIAIS. AUSÊNCIA DE COMPROMISSO. MERA IRREGULARIDADE. PERÍCIA HÍGIDA.

Das insurgências do Recorrente contra o corpo de delito indireto, somente restou comprovada a ausência de prestação de compromisso por parte dos peritos não oficiais, na forma do art. 159, § 2.º, do Código de Processo Penal, o que configura mera irregularidade, insuficiente para ensejar a anulação da condenação imposta ao Réu, mesmo porque a condenação está embasada tanto no referido laudo como nas demais provas produzidas na instrução criminal.

Além disso, para reconhecer nulidade relativa, a parte deve argui-la na primeira oportunidade em que lhe couber manifestação nos autos, bem como deve demonstrar o prejuízo eventualmente suportado, o que não ocorreu na hipótese (Resp 805.377/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 13-8-2009, DJe 8-9-2009).

1. PRELIMINARES.

1.1. CERCEAMENTO DE DEFESA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME ANTROPOLÓGICO, ESPECIALMENTE CONFECCIONADO POR PROFISSIONAIS DA ÁREA. IMPRESCINDIBILIDADE DA INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. TESES RECHAÇADAS.

PERÍCIA REALIZADA POR ANTROPÓLOGAS QUE CONSTATOU O ACULTURAMENTO DO INDÍGENA. ADEMAIS, DESNECESSIDADE DA REALIZAÇÃO DO REFERIDO EXAME QUANDO EVIDENTE A INTEGRAÇÃO CULTURAL DO ÍNDIO, COMO NO

CASO DOS AUTOS. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE.

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA QUE OPINOU PELO RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA QUE AS PERITAS SANASSEM O ERRO MATERIAL HAVIDO NO LAUDO ANTROPOLÓGICO. EQUÍVOCO SANADO PELA AUTORIDADE A QUO, ANTES DA ASCENSÃO DOS AUTOS A ESTA CORTE. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DA DILIGÊNCIA APONTADA.

É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção.(...) (HC 85198, rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, j. em 17-11-2005, DJ 09-12-2005).

Considerando que o acusado estudou até terceira série do ensino básico e pertence à igreja pentecostal Assembléia de Deus, não se pode dizer que não está inserido à cultura e aos costumes nacionais, razão pela qual não há falar em inimputabilidade ou semi-imputabilidade no caso dos autos.

Registre-se, nessa linha de raciocínio, que assim como o laudo antropológico poderia ter sido dispensado em razão do evidente grau de inserção social do acusado, do mesmo modo e pelo mesmo fundamento se mostra irrelevante a instauração de incidente de insanidade mental, afastando-se, pois, o incoformismo.

Em tempo, desnecessário o retorno dos autos à origem, como opinou a Doutra Procuradoria-Geral de Justiça. Isso porque, o erro material havido no laudo antropológico foi devidamente esclarecido pela autoridade a quo, que interpretou o exame realizado de maneira sistemática, corrigindo o equívoco material cometido.

1.2. NULIDADE DECORRENTE DA NÃO OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS CONTIDOS NO ESTATUTO DO ÍNDIO. ALEGAÇÃO GÊNÉRICA. INSTITUTOS PENAIIS PREVISTOS NA LEI 6.001/73 QUE SE LIGAM À APLICAÇÃO DA PENA, E NÃO AO PROCESSAMENTO EM SI. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PREFACIAL RECHAÇADA. ADEMAIS, PRECEDENTES DESTA CORTE QUE CONSIDERAM INAPLICÁVEIS OS INSTITUTOS PENAIIS PREVISTOS NO ESTATUTO

DO ÍNDIO, QUANDO SE TRATA DE PESSOA ACULTURADA.

Não se observa nenhum prejuízo ao acusado advindo da alegada inobservância, tendo em vista que os princípios previstos na referida norma, aplicáveis ao índio no âmbito penal, referem-se à aplicação da pena e sua forma de resgate, e não ao seu processamento em si, consoante artigo 56, da Lei 6.001/73.

Tal mandamento, porém, é destinado aos indígenas ainda não adaptados à sociedade, àqueles que ainda não tem pleno conhecimento das regras explícitas e implícitas da vida em comunidade e do Estado de Direito. Como, no caso em tela, inequívoco é o seu discernimento quanto aos fenômenos sociais atuais, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu neste norte:

“O art. 56, da Lei nº 6.001/73, se destina apenas aos índios em fase de aculturação e não àqueles já completamente integrados à civilização dos brancos (HC n. 11862 / PA, Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 22-8-2000)” (Apelação Criminal n. 2006.038040-1, de Ibirama, rel. Des. Alexandre d’Ivanenko).

2. MÉRITO. MATERIALIDADE DO DELITO COMPROVADA POR MEIO DE LAUDO PERICIAL. NEGATIVA DE AUTORIA. INDÍCIOS INCRIMINADORES SUFICIENTES EXTRAÍDOS DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DESNECESSIDADE DE JUÍZO DE CERTEZA NESTA FASE DE ADMISSIBILIDADE. PROVIMENTO NEGADO.

Segundo o disposto no *caput* do artigo 413 do Código de Processo Penal basta para a pronúncia do acusado o convencimento acerca da materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, não se exigindo prova cabal como a necessária para alicerçar sentença condenatória proferida pelo Juiz Singular, pois a pronúncia nada mais é que o juízo de admissibilidade da acusação a ser apreciada com maior profundidade pelo Conselho de Sentença, juiz natural para o julgamento do mérito nos crimes dolosos contra a vida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2012.075145-8, da comarca de Timbó (Vara Criminal), em que é recorrente Aricran Lorinaldo Morló e recorrido o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, afastar as preliminares e negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 13 de fevereiro de 2014, os Excelentíssimos Desembargadores Roberto Lucas Pacheco e Rodrigo Collaço. Emitiu parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 21 de fevereiro de 2014.

Jorge Schaefer Martins

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público, por seu representante em exercício na comarca de Timbó, ofereceu denúncia contra Aricram Lorinaldo Morlo, vulgo “Toto”, dando-o como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso IV, cumulado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal. Narra a exordial:

Consta dos autos que, em data de 30 de março de 2000, por volta das 23 horas, na Estrada Geral em doutor Pedrinho, próximo da Aldeia Bugio, no bar de propriedade de Fabio de Almeida, pai da vítima, o denunciado Aricram Lorinaldo Morlo, e a vítima Valmir de Almeida discutiam, tendo a vítima dito ao denunciado que ficasse afastado de sua família, principalmente de sua irmã Fabiana de Almeida.

O denunciado Aricram Lorinaldo Morlo, após a discussão, retirou-se de local, e, movido pelo *animus necandi*, armou-se com uma espingarda, nº de série 139209, sem identificação de marca ou modelo, ficando de emboscada diante do bar, aguardando a saída da vítima. Quando Valmir Almeida acompanhado de Marili de Almeida e Hélio Faria, saíram do estabelecimento comercial, o denunciado Aricram Lorinaldo Morlo, disparou a sua arma, alvejando a vítima Valmir de Almeida, com um tiro no peito, tendo atingido

órgãos vitais como o fígado, pulmões, estômago, intestino grosso, intestino delgado, pâncreas e o miocárdio (fls.38).

O denunciado Aricram Lorinaldo Morlo só não obteve êxito em sua ação criminosa por circunstâncias alheias a sua vontade

Recebida a denúncia, realizada a citação e constituído defensor, o réu apresentou resposta à acusação, negando a autoria.

Afastada a absolvição sumária e produzidas as provas orais, bem como realizado o interrogatório do réu, o Ministério Público apresentou alegações finais, reiterando o pedido formulado na denúncia.

Por sua vez, o réu sustentou a nulidade absoluta do processo em razão da ausência do exame antropológico, bem como a nulidade das intimações realizadas por meio do Diário Oficial, tendo em vista a necessidade de intimação pessoal do membro da Advocacia Geral da União.

No mérito, afirmou a ausência de *animus necandi*, assim como defendeu a desclassificação para o crime de lesões corporais em razão da desistência voluntária ou arrependimento eficaz na ação praticada pelo acusado (fls. 274 a 288).

Laudo antropológico às fls.365-366.

Manifestação das partes ratificando as alegações finais anteriormente apresentadas (fls.395 e 400-404).

Ao decidir o feito, o Dr. Juiz de Direito entendeu admissível a denúncia e pronunciou o réu nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso IV, cumulado com artigo 14, inciso II, todos do Código Penal.

Inconformado, o réu interpôs recurso em sentido estrito, ratificando, preliminarmente, a nulidade advinda da não realização do exame antropológico, o qual deveria ter sido realizado por antropólogos, nos

moldes do incidente de insanidade mental previsto no artigo 149 e seguintes do Código de Processo Penal.

Ainda enquanto preliminar, sustentou, genericamente, que a não observância dos preceitos contidos na Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio) implica em vício insanável. Quanto ao mérito, defendeu a ausência de provas de autoria e, subsidiariamente, o afastamento da qualificadora da emboscada.

Apresentadas as contrarrazões, ascenderam os autos a esta Corte.

Despacho deste Relator à fl. 488 que determinou o retorno dos autos à origem para fins de cumprimento do artigo 589, do Código de Processo Penal.

Decisão proferida pela autoridade a quo à fl. 491, mantendo a decisão recorrida e esclarecendo o erro material existente no Laudo Antropológico.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes, opinou pela intimação das peritas que confeccionaram o Laudo Antropológico para esclarecerem o erro material havido na conclusão do referido exame, bem como pelo afastamento das preliminares e pelo não provimento do recurso.

VOTO

Inicialmente, é de se dizer que, muito embora a autoridade *a quo* tenha determinado que as *experts* prestassem compromisso, não houve exigência do cumprimento da referida determinação. Contudo, essa omissão não passa de mera irregularidade, e não é capaz de macular o procedimento.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E HOMICÍDIO CULPOSO. ABSOLVIÇÃO POR CARÊNCIA DE PROVAS QUANTO À AUTORIA. NÃO CONHECIMENTO. VERBETE SUMULAR N.º 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRÁFICO. ELABORAÇÃO DO LAUDO DE EXAME TOXICOLÓGICO POR PERITOS NÃO OFICIAIS. MATERIALIDADE COMPROVADA. FALTA DE COMPROMISSO (ART. 159, § 2.º, DO CPP). MERA IRREGULARIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. HOMICÍDIO CULPOSO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SUPERVENIENTE. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INADMISSIBILIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

(...)

4. Das insurgências do Recorrente contra o corpo de delito indireto, somente restou comprovada a ausência de prestação de compromisso por parte dos peritos não oficiais, na forma do art. 159, § 2.º, do Código de Processo Penal, o que configura mera irregularidade, insuficiente para ensejar a anulação da condenação imposta ao Réu, mesmo porque a condenação está embasada tanto no referido laudo como nas demais provas produzidas na instrução criminal (Precedentes).

5. Além disso, para reconhecer nulidade relativa, a parte deve argui-la na primeira oportunidade em que lhe couber manifestação nos autos, bem como deve demonstrar o prejuízo eventualmente suportado, o que não ocorreu na hipótese.

(...) (Resp 805.377/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 13-8-2009, DJe 08/09/2009)

Ressalte-se, ainda, que a defesa foi devidamente intimada, ofereceu quesitos e indicou assistente técnico (admitido pela decisão à fl. 312), conforme se depreende da manifestação às fls. 300-306. Registre-se, ainda, que diante do impedimento manifestado pela assistente técnica indicada pela defesa, foi proferido novo despacho oportunizando a indicação de outro profissional pela defesa (fl. 317), o que não foi atendido, conforme certidão à fl. 328.

Portanto, hígida a perícia realizada.

1 - Preliminares

1.1 do cerceamento de defesa: da alegada ausência do Laudo Antropológico

A preliminar não merece acolhimento. Ao contrário do que alega a defesa, o Laudo Antropológico não apenas foi confeccionado (fls. 365-366) como também as suas subscritoras possuem formação na área de ciências sociais, notadamente no campo da antropologia, conforme se verifica da análise dos currículos acostados à fl. 345.

Ademais, em situações como a presente, em que o indígena já está aculturado, é plenamente dispensável a realização do laudo Antropológico. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA PRATICADOS POR ÍNDIO. LAUDO ANTROPOLÓGICO. DESNECESSIDADE. ATENUAÇÃO DA PENA E REGIME DE SEMILIBERDADE. 1. Índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo. É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção. Precedente. 2. Atenuação da pena (artigo 56 do Estatuto do Índio). Pretensão atendida na sentença. Prejudicialidade. 3. Regime de semiliberdade previsto no parágrafo único do artigo 56 da Lei n. 6.001/73. Direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena. Ordem concedida, em parte (HC 85198, rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, j. em 17-11-2005, DJ 09-12-2005).

Desta Corte, destaca-se:

PROCESSO PENAL. DELITO PRATICADO POR SILVÍCOLA ACULTURADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO EM CONFORMIDADE COM O VERBETE 140 DA SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRELIMINAR AFASTADA. “Compete a justiça comum estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima” (Súmula 140 do STJ). ÍNDIO. AUSÊNCIA DE EXAME ANTROPOLÓGICO. RÉU PLENAMENTE INTEGRADO À SOCIEDADE. PRESCINDIBILIDADE. EIVA INEXISTENTE. “Havendo prova inequívoca de ser o índio completamente integrado na civilização, sendo eleitor, habilitado para dirigir veículo, operador em instituição financeira, pode o Juiz prescindir do laudo antropológico para aferir a imputabilidade penal” (HC n. 9403/PA, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16.09.99. Disponível em: www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia, acesso em 13 abr. 2010).

(...)

(TJSC, Apelação Criminal n. 2009.070627-1, de Abelardo Luz, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 13-04-2010).

No mesmo sentido:

(...)

PRETENDIDA A NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA ANTROPOLÓGICA. PRESCINDIBILIDADE. RÉUS TOTALMENTE INTEGRADOS À SOCIEDADE. AUSÊNCIA DE DÚVIDAS QUANTO À ADAPTAÇÃO E AO DISCERNIMENTO DOS CONDENADOS. PREJUDICIAL AFASTADA. DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. ALMEJADO O RECONHECIMENTO DA VIOLAÇÃO DESTES PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS. INOCORRÊNCIA. PREFACIAL REPELIDA. AMEJADA A APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS PREVISTOS NO ESTATUTO DO ÍNDIO. INCIDÊNCIA QUE NÃO SE MOSTRA APLICÁVEL. MANDAMENTO QUE É DESTINADO AOS INDÍGENAS QUE AINDA NÃO SE ADAP-

TARAM À SOCIEDADE E QUE NÃO CONHECEM AS REGRAS DA VIDA EM COMUNIDADE, O QUE NÃO É O CASO DOS AUTOS. PLEITO AFASTADO.

(...)

(Apelação Criminal n. 2006.038040-1, de Ibirama, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 09-09-2008).

Do corpo do voto, extrai-se:

Quanto ao reclame de nulidade, por cerceamento de defesa, em face da ausência de perícia antropológica, entende-se também que deve ser afastada a alegação.

Extrai-se dos autos que os condenados, ainda que integrantes de tribo indígena, já estão completamente adaptados à sociedade, nos termos do art. 4º, III, da Lei n. 6.001/73 (Estatuto do Índio):

“Art. 4º Os índios são considerados:

[...]

III – Integrados – Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.”

Bem coloca Julio Fabbrini Mirabete que “O silvícola pode ser incluído na cláusula do desenvolvimento mental incompleto desde que fique demonstrada sua inadaptação à vida no meio civilizado” (Manual de direito penal. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 214). Ora, no caso em apreço ficou demonstrada, de maneira antagônica ao pleiteado em recurso, a total adaptação dos indígenas condenados à vida no meio civilizado.

Não só comercializavam as mercadorias furtadas, como também observa-se uma profunda interação entre os silvícolas e os demais elementos da sociedade, inclusive o Governo Federal, com o qual, em diversos momentos, alegam desavenças. Não se mostram, assim, de maneira alguma alienados do convívio considerado convencional dos cidadãos em seu meio.

Dessa forma, entende esta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL - SEQÜESTRO (ART. 148, *CAPUT*, DO CP) - DELITO PRATICADO POR INDÍGENAS - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - DESNECESSIDADE DE EXAME PERICIAL ANTROPOLÓGICO - AGENTES AMBIENTADOS COM A CIVILIZAÇÃO, INCLUSIVE SENDO ELEITORES - PRELIMINARES AFASTADAS - [...] - RECURSO DESPROVIDO (Ap. Crim. n. 2006.002669-3, Des. Solon d'Eça Neves, j. em 29-8-2006).

Assim, mostra-se dispensável, no caso, a perícia antropológica, afastando-se a nulidade aventada.

Logo, considerando que o acusado estudou até terceira série do ensino básico e pertence à igreja pentecostal Assembléia de Deus (fl. 365), não se pode dizer que não está inserido à cultura e aos costumes nacionais, razão pela qual não há falar em inimputabilidade ou semi-imputabilidade no caso dos autos, como bem concluíram as *experts* no laudo antropológico realizado.

Registre-se, nessa linha de raciocínio, que assim como o laudo antropológico poderia ter sido dispensado em razão do evidente grau de inserção social do acusado, do mesmo modo e pelo mesmo fundamento se mostra irrelevante a instauração de incidente de insanidade mental, afastando-se, pois, o incoformismo.

Em tempo, desnecessário o retorno dos autos à origem, como opinou a Douta Procuradoria-Geral de Justiça. Isso porque, o erro material havido no laudo antropológico foi devidamente esclarecido pela autoridade a quo, que interpretou o exame realizado de maneira sistemática, nos seguintes termos:

Oportuno consignar, a manifesta existência erro material no Laudo Antropológico (fls. 365/366). Ao serem questionadas se o réu está adaptado à cultura, à vida no meio civilizado e aos costumes nacionais, as peritas declararam que “O Sr. Aricram Lorinaldo Morló está familiarizado no convívio com a sociedade nacional uma vez que o grupo a que pertence tem um histórico de contato mais intenso com a sociedade envolvente que remonta às últimas cinco décadas. Estudou até a 3ª série do ensino básico, e pertence à igreja pentecostal Assembléia de Deus”; consideraram, que “diante do nível de interação territorial entre a TI e os municípios do entorno e do estreito contato interétnico não é possível entender nos dias correntes a população da Terra Indígena de Ibirama como desvinculada ou desconhecendo a cultura nacional”. Da mesma forma, as peritas asseveraram que o réu “Tinha conhecimento do caráter ilícito do uso de arma de fogo e do confronto”, atestando, assim, sua capacidade de discernimento e integração à cultura nacional.

Entretanto, em concepção diametralmente oposta à fundamentação lançada no respectivo laudo, em evidente erro material, foi inserido equivocadamente o advérbio de negação na resposta ao item “b” (fl. 365), sobre a imputabilidade - “O réu **não** pode ser considerado imputável” (grifei).

Assim, de forma tácita, a princípio, a respectiva decisão recorrida entendeu pela admissibilidade da acusação a considerar o denunciado Aricram Lorinaldo Morló imputável, situação que também sustento em juízo de manutenção, para submeter-lhe a julgamento pelo tribunal do júri (fl. 491).

Portanto, constatado e esclarecido o erro material, prescindível a oitiva das peritas.

1.2 da nulidade advinda da não observância aos preceitos do Estatuto do Índio.

A preliminar, do mesmo modo, não se sustenta. Além de a defesa não ter especificado em que ponto o referido diploma não foi observado, posto ter alegado genericamente “a negativa de vigência da lei federal”, o fato é que não se observa nenhum prejuízo ao acusado advindo da alegada “não observância”, tendo em vista que os princípios previstos na

referida norma, aplicáveis ao índio no âmbito penal, referem-se à aplicação da pena e sua forma de resgate, e não ao seu processamento em si, consoante artigo 56, da Lei 6.001/73, com a seguinte redação

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Dessarte, como o processo sequer foi apreciado pelo Conselho de Sentença, inaplicáveis, ao menos por ora, os ditames da Legislação de Regência. Aliás, convém registrar o posicionamento firmado nesta Corte no sentido de não ser aplicável a norma protetiva acima transcrita, quando se trata de indígena integrado à sociedade.

Do corpo da já citada Apelação Criminal n. 2006.038040-1, de Ibirama, da relatoria do eminente Desembargador Alexandre d'Ivanenko, cita-se:

No que toca a não aplicação do art. 56 do Estatuto do Índio, não se vê hipótese de sua incidência. Determina o citado dispositivo que:

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Tal mandamento, porém, é destinado aos indígenas ainda não adaptados à sociedade, àqueles que ainda não tem pleno conhecimento das regras explícitas e implícitas da vida em comunidade e do Estado de Direito. Como, no caso em tela, inequívoco é o seu discernimento quanto aos fenômenos sociais atuais, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu neste norte:

“O art. 56, da Lei nº 6.001/73, se destina apenas aos índios em fase de aculturação e não àqueles já completamente integrados à civilização dos brancos (HC n. 11862 / PA, Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 22-8-2000)”.

Em igual norte:

(...)

ARGÜIDA NULIDADE DO PROCESSO PELO CERCEAMENTO DE DEFESA EM FACE DO INDEFERIMENTO DA REALIZAÇÃO DO ‘EXAME ANTROPOLÓGICO’ E PELO NÃO CUMPRIMENTO DO ESTATUTO DO ÍNDIO. COMPROVAÇÃO NOS AUTOS DE QUE O SILVÍCOLA ESTÁ INTEGRADO À SOCIEDADE. PRESCINDIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA TÉCNICA A RESPEITO. PRE-FACIAL AFASTADA.

(...)

(Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2008.023732-6, da Capital, rel. Des. Torres Marques, j. 03-06-2008).

Resta, assim, afastada a preliminar.

2. Mérito

Quanto ao mérito, melhor sorte não socorre ao apelo, notadamente porque nesta etapa processual, não se exige prova cabal acerca da autoria, pois basta o convencimento da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, conforme expressamente mencionado no *caput* do artigo 413 do Código de Processo Penal.

Destarte, a materialidade ficou comprovada mediante o laudo pericial de fl. 46.

Os indícios de autoria também se mostraram presentes. O próprio acusado, ao ser interrogado sob o crivo do contraditório, assumiu ter disparado sua arma contra a vítima, muito embora tenha dito que apenas queria assustá-la. Ele referiu:

Que possui um irmão gêmeo chamado Iqram, sendo que seu irmão “talves andava com Fabiana, irmã de Valmir”; que no dia dos fatos foi até o bar descrito na denúncia, porém, como sua religião não permite frequentar tais estabelecimentos, ficou na porta, aguardando seu primo que entrou; que a vítima “cochichou” com seu pai e ambos foram par a cozinha; que na sequência, a vítima, de arma em punho, venho (sic) em sua direção indagando “cade o teu irmão?”; que a vítima colocou a arma em seu abdômem, tendo, nesta ocasião, dito “agora deu para ti!”; que o pai da vítima colocou o dedo em seu rosto e cuspiu em sua face; que foi empurrado para fora do bar, tendo a vítima acionado o gatilho do revólver por três vezes, sem que houvesse tiro disparado; que seu primo, hoje já falecido, vendo a confusão, sai de dentro do bar e acertou um tapa no braço da vítima, fazendo com que sua arma caísse no chão; que no momento em que a vítima tentava pegar a arma caída, como tinha uma espingarda no interior de seu veículo, o qual estava estacionado logo em frente ao bar, sacou esta arma e atirou visando assustar a vítima; que acidentalmente acabou acertando-a; que esclarece que pretendia atirar para o chão apenas para assustá-la; esclarece ainda que possuía a espingarda dentro do carro porque na época estavam ocorrendo problemas de terras na região; que a arma era de seu pai, que após o disparo fugiu do local, aconselhado pelos índios que lá estavam (fl. 114).

Isaías Lunelli “prestou o seguinte depoimento à autoridade judicial, *verbis*:

Que ficou sabendo por terceiros que na data dos fatos Aricram e Valmir discutiram e durante a discussão a vítima ameaçou o réu com um revólver; que então o réu foi para a sua casa, armou-se com uma espingarda, voltou ao local e deu um tiro em Valmir; que Aricram não estava escondido; que o réu “estava do outro lado da estrada” e a vítima saiu para discutir, quando então o réu atirou; que junto com a vítima, estava o pai desta, o qual estava armado e saiu com a arma em punho junto com a vítima, mas voltou para dentro do bar quando Valmir recebeu o tiro; que não sabe de outros problemas envolvendo o réu (fl. 157).

A testemunha presencial Landinha Camlém asseverou:

Que estava no bar na data dos fatos; que viu Valmir dentro do bar discutindo com Aricram que estava no lado de fora; que Valmir tentou agredir o réu e este foi se retirando; que Aricram foi em direção ao seu veículo e em seguida a depoente saiu; que quando já estava em casa ouviu um tiro; que no dia seguinte soube que o réu deu um tiro em Valmir; que não sabe de o réu e Valmir se conheciam, ou se havia rixa entre eles (fl. 169).

Roseli Caxias Popó, também presente no local dos fatos, afirmou:

Que estava no bar na data dos fatos; que em determinado momento começou uma discussão entre Valmir e Aricram; que Valmir pressionava Aricram para brigar e este foi se afastando até chegar próximo do carro que utilizava; que então foi embora do bar a pé e minutos depois ouviu um tiro; que dias depois conversou com o réu e este lhe falou que atirou apenas para lhe assustar mas acabou acertando Valmir (...) que Valmir e Aricram se conheciam desde a infância, que não havia rixa entre eles; que haviam várias pessoas no bar mas não lembra quem eram (fl. 169).

Sendo assim, percebe-se do conjunto probatório indícios suficientes de autoria, e, portanto, correta a decisão de pronúncia proferida em primeiro grau.

A propósito, já decidiu esta Corte:

RECURSO CRIMINAL – TRIBUNAL DO JÚRI – HOMICÍDIOS QUALIFICADOS, TENTADO E CONSUMADO – ALMEJADA IMPRONÚNCIA E ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – ALEGADA FALTA DE PROVAS DA AUTORIA DELITIVA – SENTENÇA PROVISIONAL DE MERO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA PRESENTES – REQUISITOS PREENCHIDOS – RECURSO NÃO PROVIDO (Recurso Criminal n. 2011.030536-8, de Itajaí, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho).

E, desta Câmara cita-se:

RECURSO CRIMINAL. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. RECURSO DA DEFESA.

Comprovada a materialidade do crime doloso contra a vida e presentes indícios suficientes da autoria, deve a matéria ser remetida à corte popular, juiz natural para, soberanamente, apreciá-la.

A presença de elementos plausíveis acerca do álibi defensivo não autorizam, por si só, a impronúncia do acusado. Cumpre ao Tribunal do Júri aprofundada análise da prova (Recurso Criminal n. 2011.043195-5, de Navegantes, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco).

Finalmente, mostraram-se presentes indícios suficientes de que o crime foi, em tese, praticado mediante emboscada.

Ilsa Cocta Priprá, testemunha que reside em frente ao local dos acontecimentos, descreveu a dinâmica dos fatos, vejamos:

Que reside na frente de onde era o bar do Fábio de Almeida; que a cozinha de sua residência ficava bem na frente do estabelecimento; *que estava lavando louça e quando foi pegar uma toalha que estava na janela, viu Aricram parado na estrada; que na frente dele havia um poste*; que logo em seguida, saiu alguém do bar e Aricram atirou; que pelo que viu de longe, tinha bastante gente proseando nas proximidades do bar; que não sabe se Aricram estava sozinho (...) (fl. 196, grifo nosso).

A vítima Valmir de Almeida narrou o momento em que foi abordado pelo acusado:

(...) que quando estava deixando o bar, *chegando perto da estrada, ouviu seu irmãozinho dizer “cuidado”*; *que se virou e então levou o tiro*, que lhe atingiu na barriga, no peito e no braço, pois era uma “chumbeira”; *que não chegou a ver quem disparou o tiro*; (...) *que segundo os comentários, o réu estava escondido atrás de um poste e de onde estava, atirou*; (...) (fl. 197, grifo nosso).

Em consonância, é o depoimento de Vaica de Lima, prestado à fl. 203:

Que na noite em questão, encontrava-se no bar pertencente a Fábio de Almeida, de onde se retirou em razão da ocorrência de discussão entre Aricram e Valmir; que não viu quem deu início à discussão; que Valmir estava visivelmente embriagado, sendo que Aricram não consome bebida alcoólica; que não ouviu o que foi dito durante a discussão; que Aricram e o irmão gêmeo dele têm costume de provocar quem está sob efeito de bebida alcoólica, o que deve ter acontecido na noite em questão; que depois de deixar o bar, ficou na estrada, em frente ao estabelecimento, sendo que *Aricram passou por lá correndo*; *que ele foi com tudo para o barraco dele e de lá retornou com uma espingarda, permanecendo detrás de um poste*; que Valmir saiu do bar e acabou atingido por um disparo feito por Aricram, com a espingarda (...) (fl. 203, grifo nosso).

Assim sendo, diante da prova da materialidade e da existência de indícios de autoria do crime de homicídio qualificado tentado, inviável a reforma pretendida.

Nesse contexto, afastam-se as preliminares e nega-se provimento ao recurso.

1ª VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

Pedido de Suspensão de Liminar n. 2014.041351-6, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Torres Marques

DECISÃO MONOCRÁTICA

A concessionária de serviço público Autopista Litoral Sul S/A requereu, com base no art. 4º da Lei n. 8.437/92, a suspensão dos efeitos da medida liminar deferida pela MMA. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Balneário Camboriú, nos autos da ação cominatória n. 005.13.015673-0, intentada por Rede Economic Comércio de Combustíveis Ltda., que determinou o restabelecimento, por parte da concessionária, de acesso viário direto entre a rodovia BR-101 e o estabelecimento comercial ora requerido, em 10 (dez) dias úteis, sob pena de majoração da multa diária para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Sustentou (fls. 2/8), preliminarmente, possuir legitimidade para ajuizar o presente pedido de suspensão de liminar, porquanto atua no exercício de função delegada do Poder Público.

Aduziu que a obra relacionada ao fechamento do acesso direto da rodovia federal ao estabelecimento comercial ocorreu em virtude da construção da via marginal, que garante acesso a este. Pontuou que o acesso, tal como existente até então, “jamais contemplou os requisitos mínimos de segurança viária” (fl. 8), uma vez que não possuía pista de desaceleração e localizava-se próximo a viaduto, o que dificultava a visibilidade. Enalteceu que, em razão dessas circunstâncias, a requerida, por duas oportunidades, foi notificada para regularizar a situação, o que não ocorreu.

Argumentou que o fechamento do acesso objurgado e a construção da via marginal proporcionou a redução significativa dos acidentes registrados no local e que a determinação de seu restabelecimento ensejará incremento significativo do risco aos automóveis que por ali trafegam, haja vista o “entrelaçamento do fluxo de veículos que seguem por esta rua com aqueles que ingressariam pelo acesso, ocasionando o chamado ‘cruzamento em X’” (fl. 12).

Aludiu ser impossível o restabelecimento do exato *status* quo ante, uma vez que o acesso referido não contava com a interferência do fluxo viário oriundo da via marginal, a qual, em nenhum momento, teve sua construção obstada.

Asseverou que a suspensão da decisão combatida se faz imperiosa sob o argumento de que a segurança pública, na qual está inserida a segurança viária, carece ser acautelada.

Pugnou, assim, pela imediata suspensão da eficácia da decisão que deferiu a tutela antecipada e determinou a reabertura do acesso viário em discussão, além de cominar *astreinte*.

É o relatório.

De início, impende reconhecer a legitimidade da requerente para pleitear a suspensão da execução da medida deferida pela magistrada de origem.

Embora a redação do art. 4º, *caput*, da Lei n. 8.437/92 acentue que o pedido de suspensão da execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes possa ser formulado, além do *Parquet*, pela “pessoa jurídica de direito público interessada”, o Superior Tribunal de Justiça orienta que, em casos excepcionais, admite-se que a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público requeira a medida, desde que o faça em defesa de interesse público específico.

Nesse sentido, leciona Marcelo Abelha Rodrigues:

Da mesma maneira que se teve alargado o conceito de autoridade coatora para fins de mandado de segurança, já aceito pela doutrina e jurisprudência, admitindo, com base no art. 37, *caput* e §6º, da CF/1988, que os *agentes públicos* delegados de serviços públicos, os prestadores de serviço público, os concessionários ou permissionários poderiam enquadrar-se no esticado conceito de autoridade coatora, *mutatis mutandis*, esta parece ser a tendência jurisprudencial no tocante ao conceito de pessoa *jurídica de direito público*, já que o próprio STJ tem admitido que a “empresa pública se equipara a entidade de direito público, quando à legitimidade para requerer a suspensão de liminar, quando a medida se relacionar com aspectos públicos ligados à sua área de atuação” (RSTJ 54/427). (*Suspensão de Segurança – sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 137).

No mesmo diapasão, extrai-se do Superior Tribunal de Justiça:

II - A orientação jurisprudencial dos Tribunais também reconhece legitimidade ativa às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviço público, v.g.), quando na defesa do interesse público primário, para ajuizar o pedido de suspensão. (AgRg na SLS n. 1874, rel. Min. Felix Fisher, j. 21/5/2014).

E ainda:

Suspensão de liminar (efeito ativo). Pedido de particular (incabível). Pessoa jurídica de direito público e Ministério Público (legitimidade). Salvaguarda do interesse público (Lei nº 8.437/92).

1 - O particular, tanto mais quando na defesa de interesses próprios, não pos-

sui legitimidade para ajuizar pedido de suspensão, mesmo quando objetiva o restabelecimento de medida anteriormente concedida (efeito ativo)

2 - O art. 4º da Lei nº 8.437/92 dispõe que o Ministério Público ou a pessoa jurídica de direito público são partes legítimas para pleitear suspensão de execução de liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, entretanto a jurisprudência tem admitido também o ajuizamento da excepcional medida por sociedades de economia mista e concessionárias prestadoras de serviço público, quando na defesa do interesse público.

3 - Agravo improvido. (AgRg na Petição 1827, rel. Min. Nilson Naves, j. 16/6/2003).

Não se pode olvidar, ainda, que dentre as incumbências contratuais da requerida, consoante se extrai das cláusulas 16.5, alínea “h” e 16.6, alíneas “a” e “c” (fls. 122/123), encontram-se as obrigações de zelar pela integridade dos bens vinculados à concessão, de adotar as providências para garantir a fluidez do tráfego nas rodovias e de implementar obras destinadas a aumentar a segurança dos usuários.

Assim, como a Autopista Litoral Sul S/A atua na qualidade de concessionária de serviço público, conforme se infere do contrato de concessão acostado aos autos (fls. 119/124), manifesta sua legitimidade para o manejo do pedido em apreço.

No que concerne à questão de fundo, impende registrar que, no âmbito da suspensão de provimento liminar concedido contra ato do Poder Público, é vedado o exame do mérito da causa principal, bem como a discussão sobre a legalidade e a juridicidade da decisão.

Diante disso, inviável a apreciação dos fundamentos invocados pela requerente e que estão relacionados com o mérito da causa principal, tais como a irregularidade técnica do acesso direto entre a rodovia e o estabelecimento comercial requerido e a impossibilidade de restabelecimento do *status* quo ante, porquanto são matérias a serem debatidas na ação de conhecimento própria.

De outro tanto, atento apenas aos aspectos políticos da questão e aos valores juridicamente protegidos, verifico, de plano, que a tutela antecipada deferida pela togada singular configura potencial lesão à segurança pública, diante do nítido incremento do risco de acidentes viários caso determinado pura e simplesmente o restabelecimento do acesso.

Isso porque, da análise da documentação adunada ao feito, principalmente das fotografias acostadas às fls. 19/20 e 23, as quais retratam a situação do acesso antes e depois da construção da marginal, denota-se que a mera determinação de reabertura do acesso implicará em perigosa intersecção entre os veículos que trafegam em alta velocidade na rodovia federal e aqueles provenientes da marginal recém construída.

Justamente sobre a segurança pública que se pretende acautelhar, mister consignar que, segundo informações da Polícia Rodoviária Federal (fl. 36), os acidentes envolvendo veículos no exato local em discussão foram reduzidos justamente no período após a alteração do fluxo veicular decorrente da construção da marginal e obstrução do acesso em debate.

Não bastasse, nota-se que o ato judicial guerreado sobrepôs o interesse particular do estabelecimento comercial – que visa assegurar a manutenção da clientela e, por óbvio, o lucro – ao interesse público primário consistente na segurança dos motoristas que trafegam pelas vias em questão, bem como eventuais pedestres, ou seja, pôs em xeque a segurança da coletividade em geral.

Nessa esteira, forçoso concluir que a imediata execução da determinação contida no ato judicial em debate acarretará risco à segurança pública.

A respeito do tema, extrai-se do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REALIZAÇÃO DE OBRA PÚBLICA. DUPLICAÇÃO DE RODOVIA. SUPOSTO PREJUÍZO PARA ESTABELECIMENTO COMERCIAL. MODIFICAÇÃO DO PROJETO. IMPOSSIBILIDADE. ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA DENTRO DOS PARÂMETROS LEGAIS. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE EXISTENTES. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. De acordo com o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, observados os limites contidos na legislação, os benefícios coletivos resultantes da realização de obra pública - como a duplicação de uma rodovia - prevalecem em detrimento de interesses meramente comerciais da sociedade empresária em facilitar o acesso de clientes ao estabelecimento.

2. No caso, o projeto da obra foi realizado pelo DER/PR, autoridade competente, nos termos do art. 2º, II e VIII, do Decreto n. 2.458/00.

3. O não atendimento do pleito do particular foi justificado por questões de segurança de tráfego, pois com as novas obras, haverá o aumento da velocidade dos veículos, sendo desaconselhável o acesso direto ao estabelecimento comercial por meio da rodovia, ante o risco de acidentes. A atividade empresária, por seu turno, não foi inviabilizada, pois o acesso à sede da empresa foi garantido por meio de rotas alternativas.

4. O ato administrativo, dessa feita, seguiu os parâmetros legais e atendeu aos requisitos da razoabilidade e proporcionalidade, não sendo possível contrariar as conclusões nele contidas sem que haja dilação probatória, providência incompatível com rito do writ.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido (RMS 32151, rel. Min. Og Fernandes, j. 07/11/2013).

Na mesma toada, colhe-se desta Corte:

Apelação cível em mandado de segurança. Fechamento de acesso em Rodovia Federal. Impetração contra concessionária do serviço público que de-

terminou o ato. Acesso irregular. Supremacia do interesse público sobre o particular. Precedentes do STJ. Recurso desprovido.

Não há distinção prática entre acesso irregular a uma rodovia e o acesso pendente de regularização quando não demonstrada tal circunstância.

De acordo com o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, observados os limites contidos na legislação, os benefícios coletivos resultantes da manutenção e fiscalização de obra pública - como o fechamento de acessos irregulares a rodovia - prevalecem em detrimento de interesses meramente comerciais da sociedade empresária em facilitar o acesso de clientes ao estabelecimento (adaptado do STJ, Min. Og Fernandes). (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2013.056571-9, de Lages, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 20/5/2014).

Ante o exposto, considerando os aspectos políticos e os valores juridicamente protegidos – lesão à segurança pública –, bem como o excepcional interesse social, defiro o pedido deduzido pela Autopista Litoral Sul S/A para o fim de suspender a eficácia da decisão proferida a título de tutela antecipada na ação cominatória n. 005.13.015673-3, que determinou a reabertura do acesso entre a rodovia BR-101 e o estabelecimento requerido, até seu trânsito em julgado.

Publique-se. Intime-se.

Florianópolis, 24 de junho de 2014.

Torres Marques

RELATOR

PRIMEIRA
INSTÂNCIA

PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇA

Autos n. 0063370-75.1999.8.24.0023

Ação: Ação Civil de Improbidade Administrativa/PROC

Autor: Névio Antônio Carvalho

Réu: Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A - CELESC e outros

Vistos, etc.

Trata-se de ação popular proposta por Névio Antônio Carvalho no ano de 1999 em face de Centrais Elétricas de Santa Catarina – CELESC, Israel Honorino Nunes, José Affonso da Silva Jardim, Fundação de Estudos Superiores de Administração e Gerência – FESAG e Mário Cesar Barreto Moraes, pleiteando a anulação do contrato celebrado sem prévia licitação entre a CELESC e a FESAG, objetivando a implantação de Sistema de Suprimentos – Projeto SUPRI.

Citados, os réus apresentaram contestação às fls. 23, 207, 1010, 1028 e 1122 e ss.

Após réplica, o Ministério Público se manifestou pela citação dos litisconsortes passivos necessários Eduardo Pinho Moreira, Oscar Falk, Ireneu Otto Bornholdt, Helge Detlev Pantzier e Antônio dos Santos as quais na sequência foram levadas a efeito.

As contestações foram agora apresentadas às fls. 1186,1247, 1277, 1426 e ss. Antônio dos Santos deixou transcorrer o prazo para defesa sem apresentar contestação.

O Ministério Público assumiu a titularidade da ação após o autor popular deixar de promover os atos que lhe competiam (fls. 1229-1230).

Israel Honorino Nunes aventou ilegitimidade passiva ad causam e, no mérito, defendeu a legalidade da dispensa de licitação realizada, vez que satisfazia os requisitos legais. Ao fim, requereu a condenação do autor popular em litigância de má-fé.

José Affonso da Silva Jardim, por sua vez, requereu a inclusão de outros supostos litisconsortes passivos, que, segundo ele, também deveriam integrar nos autos a condição de réus. No mérito, defendeu também a legalidade do contrato e ao fim requereu a condenação do autor popular em litigância de má-fé.

A FESAG, ao seu turno, pleiteou fosse riscado o termo existente na inicial “valor da festa”, eis que, segundo ela, seria pejorativo, além de sustentar a impossibilidade jurídica do pedido por já ter o TCE/SC aprovado a contratação. No mérito defendeu a legalidade da contratação e alegou que não houve prejuízo ao erário.

Mário Cesar Barreto Moraes sustentou que sua citação editalícia seria nula, além de defender a impossibilidade jurídica do pedido, sua ilegitimidade passiva e requerer a inclusão de outros litisconsortes passivos. No mérito, reiterou as mesmas matérias levantadas pela FESAG.

Irineu Otto Bornholdt e Eduardo Pinho Moreira aduziram serem partes ilegítimas para comporem a lide no polo passivo e requereram o reconhecimento da prescrição. No mérito, defenderam a legalidade da dispensa ora questionada.

Oscar Falk, por sua vez, requereu o reconhecimento da prescrição e a extinção do feito sem resolução do mérito, vez que ausente os pressupostos de constituição e desenvolvimento válidos do processo. No mérito, reiterou a legalidade da contratação.

Por fim, Helge Detlev Pantzier sustentou a impossibilidade jurídica do pedido em razão da decisão já tomada pelo TCE/SC e, quanto ao mérito, afirmou que a contratação seria legal diante dos ditames da Lei n. 8.666/93.

O Ministério Público pugnou pela procedência dos pedidos deduzidos na inicial (fls. 1443-1459).

Vieram os autos conclusos.

Julga-se o feito antecipadamente na forma do artigo 330, inciso I, do CPC, eis que desnecessária a produção de prova testemunhal/pericial.

Antes de abordar o mérito, faz necessário analisar as objeções preliminares.

1) DAS PRELIMINARES

1.1 Da ilegitimidade passiva dos réus

Israel Honorino Nunes, Mário Cesar Barreto Moraes, Irineu Otto Bornholdt e Eduardo Pinho Moreira sustentam serem partes ilegítimas para figurar no polo passivo da demanda.

Como bem observado pelo órgão ministerial, todos os réu contribuíram para a contratação em debate, cada um da forma que lhe competia.

Israel Honorino Nunes foi incluído no polo passivo da demanda por, na condição de Chefe de Departamento de Suprimentos, ter elaborado o Memo n. 063, datado de 25.11.1997 (fls. 382-383), o qual solicitava a contratação dos profissionais com base no artigo 24, inciso XIII da Lei n. 8.666/93.

Irineu Otto Bornholdt, por sua vez, por ter assinado e aprovado a dotação orçamentária no valor de R\$ 549.120,00 (quinhentos e quarenta

e nove mil, cento e vinte reais) a qual, desde a sua aprovação, já tinha como fim específico a contratação de 07 (sete) analistas e 07 (sete) programadores para, num período de 9 (nove) meses, desenvolver o novo sistema de suprimento para a CELESC (fls. 393-395).

Eduardo Pinho Moreira, respondendo como Diretor Presidente da CELESC na ocasião da aprovação da dotação orçamentária acima mencionada, por ter conhecimento de tudo que estava sendo debatido e aprovado, sem nada opor contra a essa ilegalidade.

Por isso, apesar de não assinar a ata daquela reunião (fl. 395), estava nela presente, tanto é que constou em ata que naquele dia “*reuniu-se a Diretoria da Empresa, integrada pelos Diretores, Dr. Eduardo Moreira – Diretor Presidente, Eng. José Affonso da Silva Jardim – Diretor Administrativo, Dr. Oscar Falk – Diretor Econômico-Financeiro, Eng. Ireneu Otto Bornholdt – Diretor de Distribuição e Eng. Antônio dos Santos – Diretor de Engenharia e Operação*” (fls. 393).

E mais, ao final da deliberação, ainda constou que os responsáveis por ela teriam sido “*Todos os Diretores*” (fls. 323), sem mencionar qualquer ausência ou contrariedade por parte de qualquer deles.

Portanto, a mera ausência de sua rubrica na ata de deliberação não afasta sua responsabilidade pela aprovação da dotação orçamentária que originou a contratação em debate, principalmente pelo fato de que o demandado, na condição de Diretor Presidente da CELESC, autoridade máxima da companhia, tinha e deveria ter amplo conhecimento das decisões tomadas pela diretoria colegiada (culpa *in vigilando*), mormente por envolver valores tão vultosos como foi a quantia de R\$ 549.120,00, o qual, se considerado à época dos fatos (1998), toma contornos ainda maiores.

Desta feita, não há como a aprovação desse montante tão significativo passar despercebido diante da mais alta autoridade daquela companhia.

A situação de Mário Cesar Barreto Moraes, no entanto, não encarna as mesmas vestes.

Isso porque, apesar da inicial tratá-lo como Administrador da FESAG, não há nos autos qualquer prova ou documento que permita a este Juízo concluir de maneira satisfatória que teria ele participação efetiva na contratação.

Na própria réplica apresentada pelo autor popular sequer consta indicação ou outra menção de que o demandado Mário tenha “*autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado*”, ou que, por omissão, tenha “*dado oportunidade à lesão*” (artigo 6º da LAP). Aliás, nem mesmo há nos autos provas ou indicativos do cargo por ele ocupado naquela Fundação quando dos fatos.

Por esses motivos, mantem-se todos os demandados no polo passivo, com exceção unicamente de Mário Cesar Barreto Moraes, em favor do qual a demanda é de ser julgada extinta por ilegitimidade passiva ad causam.

1.2 Da impossibilidade jurídica do pedido

Fundação de Estudos Superiores de Administração e Gerência FESAG, Mário Cesar Barreto Moraes e Helge Detlev Pantzier afirmaram que a demanda deveria ser extinta sem resolução de mérito, eis que o Tribunal de Consta de Santa Catarina já havia aprovado o contrato celebrado entre a CELESC e a FESAG.

Sobre o controle exercido por parte do TCE, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, *mutatis mutandi*, que “*O Controle exercido pelo Tribunal de Contas, não é jurisdicional, por isso que não há qualquer vinculação da decisão proferida pelo órgão de controle e a possibilidade de ser o ato impugnado em sede de ação de improbidade administrativa, sujeita ao controle do Poder Judiciário.*” (REsp n.º 1.032.732/CE, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 03.12.2009 sem grifo no original).

Com isso, afasta-se o inconformismo em debate.

1.3 Dos litisconsortes passivos

José Affonso da Silva Jardim, Fundação de Estudos Superiores de Administração e Gerência FESAG e Mário Cesar Barreto Moraes sustentam que outras pessoas também deveriam integrar o polo passivo da demanda.

Com essa tese, buscam os demandados procrastinar o feito por mais algum tempo, se não bastasse os tanto anos que ela já está em trâmite.

O artigo 6º da Lei de Ação Popular dispõe que “*A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo*” (sem grifo no original).

Alguns dos nomes mencionados por José Affonso da Silva Jardim, Fundação de Estudos Superiores de Administração e Gerência – FESAG e Mário Cesar Barreto Moraes já foram incluídos no polo passivo da demanda em decorrência da decisão de fls. 1158-1159. Os demais se tratam de pessoas que não participaram de entabulação do acordo ora debatido.

Todas as autoridades que autorizaram, aprovaram, ratificaram ou deram oportunidade à lesão já foram devidamente incluídas na condição de réus quando da decisão de fls. 1158-1159.

Portanto, os demais nomes indicados pelos réus não tem legitimidade para figurar no polo passivo, razão pela qual indefere-se o pleito.

1.4 Da nulidade de citação editalícia

Mário Cesar Barreto Moraes afirma que sua citação pela via editalícia é de ser considerada nula, já que somente poderia ser assim citado caso fosse beneficiário do ato impugnado.

Para que uma nulidade seja reconhecida, deve ela ser apta a causar prejuízo a alguma das partes. No caso em questão, não se verifica qualquer prejuízo comprovado decorrente da citação pela via editalícia, já que ela cumpriu sua finalidade e possibilitou o direito de defesa ao réu (fls. 1122-1146).

Sem prejuízo comprovado, não há como se considerar nula a citação por edital.

1.5 Da prescrição

Eduardo Pinho Moreira e Oscar Falk sustentaram que a prescrição deveria ser reconhecida por este Juízo, vez que foram eles citados mais de 05 (cinco) anos entre após os fatos narrados tidos como ilegais.

Sem razão os demandados, já que “*Ajuizada a ação no prazo fixado para o seu exercício (artigo 21, da Lei n. 4.717/65), o retardamento na sua distribuição e na citação do réu, por obstáculo decorrente do mecanismo da Justiça, jamais por inércia do autor, não justifica a acolhida da arguição de prescrição. Precedentes do STF*” (RTJ 100/320).

Como a demora na citação dos réus não foi motivada pelo autor popular, mas sim por um dos réus que não restituiu os autos no prazo que lhe competia (fls. 1153-1160), não há como ser acatada a preliminar suscitada.

1.6 Da ausência dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo

Helger sustenta que o feito não conta com os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, motivo pelo qual deveria ser extinto sem resolução do mérito.

Embora a inicial não descreva de forma minuciosa e detalhada como se deram cada um dos atos que culminaram com a contratação irregular da FESAG, a sua narrativa descreveu de forma objetiva os fatos

essenciais, concluindo de forma eficaz com os pedidos de reconhecimento de nulidade da dispensa do certame e conseqüentemente com a restituição do respectivo valor ao erário.

A inicial foi tão feliz em sua forma suscinta de narrar os fatos que possibilitou a todos os demandados exercer seu direito de defesa de forma plena e eficaz, não sendo certo concluir que sua concisão implicou em impossibilidade de defesa para algum dos réus.

E mais, se algum deles deixou de apresentar defesa no prazo assinalado, foi por motivos de interesse próprio, não sendo certo reputá-los à inicial.

Além do mais, muito embora a inicial não tenha vindo acompanhada com um catatau de documentos, os réu espontaneamente suprimiram essa carência e acostaram a eles vasta documentação sobre os fatos descritos na preambular, permitindo plenamente a este Juízo a realização de cognição exauriente neste momento.

Desta feita, não há porquê se extinguir a ação com fundamento no artigo 267, inciso IV do CPC.

As demais teses suscitadas pelos réu confundem-se com o mérito e serão analisadas concomitantemente com ele no tópico a seguir.

2) DO MÉRITO

O autor popular, Névio Antônio Carvalho, propõe a presente demanda afirmando que no ano de 1998 os administradores da CELESC teriam dispensado indevidamente o processo licitatório para contratação de profissionais programadores e analistas para implantação de um novo sistema interno para aquela companhia, cujo valor, à época, seria de R\$ 549.120,00 (quinhentos e quarenta e nove mil, cento e doze reais).

Pela documentação acostada à inicial (fl. 11), pode-se concluir que o referido contrato foi entabulado entre a CELESC e a Fundação de Estudos Superiores de Administração e Gerência – FESAG. No decorrer da demanda, com a juntada de novos documentos que embasaram essa dispensa, pode-se verificar que a FESAG subcontratou outra empresa para a realização do serviço, empresa essa denominada GABARITO Consultoria e Sistemas (proposta de serviços às fls. 377-378).

É consentâneo que para o sucesso da ação popular haja a comprovação de três requisitos: a qualidade de cidadão para ajuizar a ação, a ilegalidade do ato questionado e a lesão decorrente de sua prática.

A condição de cidadão está estampada à fl. 09, enquanto a lesão decorrente de sua prática e a ilegalidade do ato questionado serão demonstrados nos tópicos a seguir.

2.1 – Da lesão ao erário

Antes de adentrar especificamente no mérito da questão, importante registrar que este Juízo já julgou outras 3 (três) demandas versando sobre questões relacionadas à dispensa de licitação envolvendo também a FESAG (autos n. 023.00.039422-2, 023.00.067557-5 e 023.00.051323-0), sendo em todas as sentenças nelas elas proferida pela rejeição dos pedidos formulados na inicial.

Esta demanda, diferentemente das demais, clama pelo acolhimento do pleito inicial, visto possuir contornos e peculiaridades que impõe o reconhecimento de sua ilegalidade e do rombo aos cofres públicos.

Pois bem! De acordo com o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, ressalvados os casos específicos na legislação, obras, serviços, compras e alienações, as contratações serão celebradas após processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, manti-

das 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.

Em sede de direito público, a regra é realização de procedimento licitatório. Como exceção, admite-se a dispensa ou a inexigibilidade desse certame.

Inobservado o procedimento de licitação quando era ele plenamente cabível, o reconhecimento da ilegalidade e consequentemente de dano aos cofres públicos é medida que se impõe.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que “*A indevida dispensa de licitação, por impedir que a administração pública contrate a melhor proposta, causa dano in re ipsa, descabendo exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema*”. (REsp 817.921/SP, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 27/11/2012 sem grifo no original).

Portanto, por impossibilitar a competitividade própria da licitação, há o reconhecimento do dano ínsito aos cofres públicos, ainda que não tenha o autor conseguido demonstrar de forma efetiva essa situação.

2.2 – Da ilegalidade e do descabimento de dispensa de licitação

A inicial retrata que os demandados teriam celebrado “Contrato de Prestação de Serviços de Projeto, Desenvolvimento e Treinamento de Sistema de Informática” (fls. 68-75) com a Fundação de Estudos Superiores de Administração e Gerência FESAG, para realização de “*Projeto, Implementação, Implantação da informatização do Novo Sistema de Suprimentos*” junto a CELESC.

Esse contrato foi decorrente da dispensa de licitação n. 175/97, a qual teria utilizado como fundamento o artigo 24, inciso XIII da Lei n. 8.666/93, que dispõe sobre contratações diretas “*de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino*

ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos”.

Sobre essa espécie de contratação direta, a doutrina de Joel Menezes Niebuhr afirma com riqueza que deve haver correlação lógica entre a “*natureza da instituição e o objeto do contrato*” (Dispensa e Inexigibilidade de Licitação, pg. 516).

Mais adiante afirma categoricamente que “*se a dispensa é para entidades dedicadas à pesquisa, ao ensino, ao desenvolvimento institucional ou à recuperação do preso, evidentemente que o contrato a ser celebrado precisa guardar pertinência a tais finalidades. Ou seja, o contrato deve ter por objeto a pesquisa, o ensino ou algo prestante ao desenvolvimento institucional ou à recuperação do preso*”.

Conclui seu pensamento registrando que “*a instituição precisa dedicar-se à área objeto do contrato, que deve se relacionar com um dos objetivos enunciados no dispositivo supracitado e revelar experiência nela*” (pg. 517).

Isso, no entanto, não é o que se verifica quanto a fundação contratada, já que a implantação e implementação do novo sistema não foi realizado pela própria Fundação ESAG, mas sim por empresa contratada: GABARITO, como bem pode ser observado dos autos (fls. 377-378).

Embora o contrato entre a GABARITO e a FESAG não se encontre acostado aos autos, pelo próprio teor do processado é fácil constatar que a Fundação não possuía os profissionais que deveriam realizar os serviços contratos e, por isso, subcontratou uma terceira empresa para realizá-lo.

Desde o momento da apresentação da proposta pela GABARITO já estava consignado que a contratação dos serviços requeridos pela CE-

LESC seria “*viabilizada através da Fundação Escola Superior de Administração e Gerência, de Florianópolis, com a qual a Gabarito irá firmar contrato de desenvolvimento e implementação do Projeto do Sistema Integral de Suprimentos*” (fl. 378).

Isso, por si só, já comprova que a FESAG não tinha capacidade técnica para desenvolver e implementar o projeto solicitado pela CELESC, a ponto de solicitar diversos orçamentos para viabilizar a contratação (fl. 372-380).

A única capacidade técnica comprovada pela FESAG seria no ramo relacionado à realização de concursos/vestibulares (fls. 1111-1118), jamais no ramos de desenvolvimento e implementação de sistemas.

Portanto, resta claro e evidente que os serviços prestados à CELESC foram efetivamente realizados por empresa terceirizada, contrariando de forma evidente à intenção do legislador quando da edição do dispositivo legal 24, inciso XIII da Lei n. 8.666/93, que requeria que a própria instituição contratada realizasse os serviços.

Assim, no caso dos autos, a subcontratação do serviço implicou em evidente dano ao erário, já que impossibilitou que tantas outras empresas que da mesma forma também possuíam condições de realizar esse serviços se disponibilizassem a realizá-lo por preço e condições mais vantajosas.

Portanto, conclui-se ser plenamente possível e exigível licitar os serviços que foram objeto da dispensa de licitação n. 175/97, já que a FESAG não seria a responsável pela sua execução.

2.3 – da ilegalidade do contrato e seu aditivo decorrentes das dispensa de licitação n. 175/97

Como pode se verificar do extrato do contrato entabulado entre a CELESC e a FESAG no ano de 1998, o valor global da contratação foi de R\$ 549.120,00 (quinhentos e quarenta e nove mil, cento e vinte reais).

Posteriormente, sobreveio reunião entre a diretoria da CELESC aprovando aditivo contratual no valor total de R\$ 555.558,00 (quinhentos e cinquenta e cinco mil, quinhentos e cinquenta e oito reais) (deliberação n. 332/98 – fls. 448-453).

Como demonstrado acima, a dispensa de licitação é ilegal. Por via de consequência, e em observância ao brocardo romano *Quod nullum est, nullum producit effectum*, o qual diz que aquilo que é nulo nenhum efeito produz, implica-se o reconhecimento também da ilegalidade do contrato dela decorrente (fls. 68-75), bem como de seu aditivo (fls. 449-453), cujas formalidades de publicidade sequer foram observadas.

Desta feita, reputando-se ilegal a dispensa de licitação n. 175/97, são de ser considerados ilegais também o contrato de prestação de serviços e o aditivo dele decorrente, que foram celebrados entre a Centrais Elétrica de Santa Catarina - CELESC e a Fundação de Estudos Superior em Administração e Gerência – FESAG com o objetivo de implantação de Sistema de Suprimentos – Projeto SUPRI.

3) DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Os demandados requereram a condenação do autor em litigância de má-fé por consideraram que esta demanda popular teria sido promovida com objetivos politiquieiros. Buscaram também fosse riscada a expressão “Valor da festa” existente na inicial, já que seria ela pejorativa.

Quanto ao primeiro pleito, não se verifica a incidência do autor popular em quaisquer das condutas que se enquadre no artigo 17 do Código de Processo Civil, que disciplina a incidência de litigância de má-fé.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery interpretam o dispositivo da seguinte forma: “*a parte deve deduzir pretensões e defesas de acordo com sua verdade subjetiva. Deve crer naquilo que afirma em juízo. A norma sob comentário incidirá quando o erro na dedução da pretensão ou defesa for inescusável.*” (2007. p. 207)

Em outras palavras, é necessário que haja a presença de dolo em relação ao exercício do direito de ação, o que não houve, tanto é que os fatos aqui veiculados foram todos comprovados durante o feito.

Além do mais, ainda que sustente que o autor popular tenha agido como “laranja” quando propôs esta e outras demandas populares, não há prova nos autos para assim concluir, não se podendo sancioná-lo pelo fato de ter ajuizado inúmeras ações, por se tratar de mero exercício de um direito constitucionalmente garantido.

E mais, mesmo que “laranja” seja, é um laranja eleitor.

A Lei de Ação Popular exige um eleitor como legitimado ativo, se laranja, maçã ou abacaxi, não importa.

Por fim, visto que a contratação mencionada na inicial é, de fato, ilegal, também não deve ser riscado o termo “Valor da Festa”, como requerido pela FESAG em sua contestação.

Diante do reconhecimento da notória ilegalidade da contratação, o termo feito referência na inicial não é tido como pejorativo, buscando apenas demonstrar o inconformismo do autor popular com o montante e a forma como o contrato em questão foi entabulado.

Desta feita, não há se falar em litigância de má-fé e nem se deve riscar a expressão “valor da festa” constante na inicial.

4) DO DISPOSITIVO

À luz do exposto, julgo EXTINTO o processo sem resolução do mérito em relação à Mário Cesar Barreto Moraes (CPC, art. 267, inc. VI).

No mais, ACOLHO EM PARTE o pedido formulado pelo autor para o fim de DECLARAR NULO a dispensa de licitação n. 175/97, bem como o contrato dela decorrente e celebrado entre Centrais Elétrica

de Santa Catarina - CELESC e a Fundação de Estudos Superior em Administração e Gerência – FESAG no valor de R\$ 549.120,00 (quinhentos e quarenta e nove mil, cento e doze reais), bem como seu aditivo de valor equivalente a R\$ 555.558,00 (quinhentos e cinquenta e cinco mil, quinhentos e cinquenta e oito reais) (deliberação n. 332/98 – fls. 448-453), CONDENANDO solidariamente os demais réus, com exceção da CELESC, a ressarcir todos os valores desembolsados com a indevida contratação, observando os juros de mora a razão de 0,5% ao mês até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e, após, de 1% ao mês, juntamente com correção monetária pelo INPC, cujo termo inicial será o dia da emissão da última nota fiscal de pagamento (fl. 509).

Atento ao princípio da causalidade, não afetado pelo inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal quando vencedor o autor da ação, condeno os réus nos honorários advocatícios do procurador daquele em R\$ 3.000,00 (três mil reais), que deverá ser corrigidos a contar desta data pelo INPC (CPC, art. 20, § 4º c/c Lei n. 4.717/65, art. 12, *in fine*).

Custas finais *pro rata*, sendo a CELESC e a FESAG isentas.

P. R. I.

Florianópolis (SC), 19 de março de 2014.

Luiz Antônio Zanini Fornerolli

JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Autos n. 0025412-35.2011.8.24.0023

Ação: Ação Civil Pública/PROC

Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Réu: Adonir Mário Trentini e outros

Vistos, etc.

Cuida-se de ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual em relação a Adonir Mário Trentini, João Lealdino da Silveira, Rubens Cruz de Aguiar e Walmor Paulo de Luca, objetivando obter responsabilização político-administrativa dos requeridos por terem eles realizado, em nome da CASAN, contratação irregular de escritório de advocacia sem licitação, fomentando desnecessária despesa no importe de R\$ 72.000,00.

Pleito liminar deferido (fls. 537-549), manifestações escritas apresentadas (fls. 690-704, 977-990, 1192-1200, 1257-1289), e petição inicial recebida (fls. 1409-1414).

Na oportunidade, rejeitou-se a pretensão inicial em relação aos réus Adonir Mário Trentini e Rubens Cruz Aguiar, dado o reconhecimento da prescrição, ressalvando a hipótese de ressarcimento ao erário (fl. 1413).

Citados, os réus apresentaram contestação:

João Lealdino da Silveira assevera que não participou de nenhum ato descrito na inicial, tendo em vista que, na qualidade de contador da empresa, apenas informou que havia disponibilidade financeira para amparar a contratação, não tendo emitido juízo de valor sobre a conveniência e oportunidade da entabulação.

Walmor Paulo de Luca disse que, no início de sua gestão como Presidente da CASAN, a companhia passava por situação bastante preo-

cupante, especialmente quanto ao número de condenações judiciais advindas de ações trabalhistas ajuizadas em seu desfavor. A grande maioria dos advogados da empresa estava aparentemente impedida de atuar na defesa da empresa nas reclamações trabalhistas. Sustenta que a contratação foi benéfica para a CASAN, visto a redução dos valores a serem pagos pela Companhia a título indenizatório. Por fim, afirma que não houve dano ao erário e que o valor contratado era o previsto na Lei n. 8.666/93, além do que a conduta ímproba imputada a ele não estaria caracterizada em razão da ausência de dolo ou má-fé.

Rubens Cruz Aguiar disse que atuou apenas em três contratos, nos valores de R\$ 14.000,00, R\$ 10.000,00 e R\$ 16.000,00, para defesa da CASAN respectivamente nos processos AT 00443-2004-035-12-00-0, AT 000537-2004-034-12-00-3 e AT 000620-2004-034-12-00-2. No mais, afirmou que não dispunha de qualquer poder, mando ou delegação que lhe facultasse a contratação nos demais processos, motivo pelo qual as responsabilidades devem ser individualizadas. No mais, reafirmou que a dispensa de licitação observou a disposição legal e que não houve dano ao erário, má-fé e dolo de sua parte para a caracterização do ilícito civil.

Adonir Mario Trentini aduziu que não estaria envolvido em todos os contratos ora questionados, mas apenas em relação a dois deles, cada um firmado pelo preço individual de R\$ 16.000,00 e referentes às seguintes ações: DC-ORI 00304-2003-000-12-00-2, Dissídio Coletivo proposto pelo Sindicato dos Engenheiros do Estado de Santa Catarina perante o TRT 12ª; AT 007815-2002-037-12-00-0, Ação Trabalhista proposta pelos 07 Sindicatos dos Trabalhadores que têm relações com a CASAN S/A, incluindo o Sindicato dos Advogados do Estado de Santa Catarina. Defendeu a legalidade da contratação direta, principalmente porque a CASAN, como sociedade de economia mista, deve obedecer ao regime jurídico privado. No mais, repisou as demais teses lançadas pelo réu Rubens Cruz Aguiar.

Em réplica, o Ministério Público refutou os argumentos tecidos, requerendo o julgamento antecipado da lide e a condenação de todos os requeridos.

É o relato do essencial.

Fundamento e decido.

Julga-se antecipadamente a lide, na forma do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

De plano, registre-se que esta demanda já foi julgada extinta em relação a Adonir Mário Trentini e Rubens Cruz Aguiar, vez que reconhecida a prescrição, ficando ressalvada a eventual hipótese de ressarcimento ao erário (fl. 1413).

1. DA TESE PRELIMINAR

1.1 – Da ilegitimidade passiva de João Lealdino da Silveira

João Lealdino da Silveira sustenta que seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, eis que, na condição de contador da CASAN, apenas “*informou, em procedimento rotineiro, cumprindo seu ofício e o Regimento Interno da Cia, a existência de dotação orçamentária para fazer frente às despesas.*” (fl. 1498).

O Ministério Público refutou o argumento porque, segundo ele, de acordo com o Regime Interno da CASAN (fl. 1565), compete à gerência contábil “*Planejar as operações dos sistema a seu cargo, incluindo suas participações na formulação, controle e atualização dos estados financeiros e orçamentários da Companhia*”, bem como “*Cumprir e fazer cumprir as normas interna da Companhia e toda legislação existente que incidam direta e indiretamente sobre o sistema de contabilidade*” .

Com razão o requerido.

Diante de todo processado, constata-se que João Lealdino da Silveira ocupava, à época, o cargo de Contador da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN.

Embora possuísse como uma de suas atribuições “*Planejar as operações dos sistema a seu cargo, incluindo suas participações na formulação, controle e atualização dos estados financeiros e orçamentários da Companhia*”, bem como “*Cumprir e fazer cumprir as normas internas da Companhia e toda legislação existente que incidam direta e indiretamente sobre o sistema de contabilidade*”, não teve ele qualquer participação substancial e efetiva que justifique sua responsabilização pelos atos nesta demanda narrados.

Na realidade, todos os atos por ele praticados tiveram como finalidade dar seguimento aos trâmites internos dos procedimentos que tinham como fim a contratação do escritório.

Em nenhum desses procedimentos pode-se afirmar que houve participação decisiva do demandado João que tenha conduzido à contratação.

Além do mais, o dispositivo do Regimento Interno mencionado pelo Ministério Público, na realidade, não traz qualquer reflexo à situação analisada nos autos, vez que as atribuições ali contidas, excetuada a questão de *deficit* orçamentário, jamais poderiam obstar a contratação dos serviços advocatícios.

Assim, por caber a ele unicamente a administração dos valores da CASAN, não pode ele ser responsabilizado pela contratação do serviço, dado que questões de natureza decisórias e de assessoria jurídica da Companhia não eram de sua competência.

Portanto, por terem seus atos se restringido à meras informações da existência ou não de saldo em conta, não há razão para João Lealdino

da Silveira responder por ato danoso se sua participação (fls. 53-55, 299, 308) não foi decisiva para a concretização da ilegalidade.

2. DO MÉRITO

O Ministério Público ajuizou a presente *actio* com a finalidade de impingir aos demandados as penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, vez que, segundo a inicial, teria eles realizado a “*contratação, sem a utilização do devido processo legal, do escritório de advocacia Chedid Advogados Associados para a defesa de ações trabalhistas da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN, apesar desta possuir setor jurídico próprio.*” (fl. 03).

Afirmou que ainda que os advogados da Companhia estivessem impedidos para atuar nos feitos da CASAN, “*não caberia a contratação direta do escritório Chedid Advogados Associados e sim a utilização do devido processo legal licitatório inscrito na lei 8.666/93*” (fl. 06).

Passa-se então à análise detalhada das razões que justificam a condenação dos requeridos.

2.1 – Da existência de corpo jurídico próprio e apto para patrocínio das causas – desnecessidade de contratação externa

Como uma das razões para contratação do escritório de advocacia, os demandados argumentam que os advogados que integravam o quadro dos servidores daquela sociedade estavam impedidos para atuar nas causas trabalhistas, em razão da instauração da CPI na ALESC que apurava irregularidades no passivo trabalhista da empresa.

Todavia, apesar dessa alegação, compulsando os autos, constata-se não haver qualquer declaração individual de cada um dos profissionais, ou então outra comprovação de que estariam eles impedidos de atuar nos feitos.

Além do mais, especificamente quanto à reclamatória trabalhista promovida por Rubens João Machado, da mesma forma, não consta nenhum documento rubricado pelos advogados acerca da existência de laços de amizade ou inimizade com o reclamante, ou outro interesse no resultado da causa, que obstasse a atuação.

Documentos dessa natureza atestariam a incompatibilidade dos advogados quanto ao patrocínio das causas, mas que, por não constarem nos autos, faz presumir que os advogados estariam desimpedidos e, portanto, aptos para atuar na defesa das causas.

Além do mais, o então Procurador Geral do Estado, em ofício encaminhado a Walmor de Luca, também entendeu que não se aplicava ao caso em tela o impedimento alegado no art. 4º, parágrafo único do Estatuto da OAB (fl. 395), motivos pelos quais estavam os advogados aptos a promover o patrocínio das causas.

Impedimento também não se verifica na ações trabalhistas movidas pelo Sindicato dos Engenheiros do Estado de Santa Catarina, ao qual nenhum dos advogados da CASAN, à época, era sindicalizado. Alguns, no entanto, tinham vínculo como associados colaboradores com o Sindicato apenas para usufruir de determinadas benesses, tais como: UNIMED, UNIODONTO, dentre outras (fls. 514).

Portanto, estavam todos os advogados desimpedidos também nesse caso, uma vez que as conseqüências do julgamento não afetaria as suas esferas jurídicas.

Quanto à ação trabalhista nº 7815/02, proposta pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Purificação, Distribuição de Água e em Serviços de Água e Esgoto do Estado de SC, o impedimento dos advogados da CASAN até poderia persistir, se a prestação jurisdicional atingisse esses profissionais.

Ocorre que o objeto da demanda não traria quaisquer consequências aos advogados da CASAN, o que não justifica a recusa no patrocínio da causa.

Além do mais, ainda que eventualmente estivessem os advogados impedidos, a demanda não se reputava complexa, cabendo à CASAN licitar a contratação do serviços para defesa dos interesses daquela sociedade.

2.2 – Da necessidade de licitar – não configuração das hipóteses de dispensa e inexigibilidade

Como forma de justificar a contratação direta, os réus sustentaram suposta urgência, decorrente da fluência dos prazos processuais em trâmite, e que sua inobservância implicaria na revelia por parte da CASAN.

Sobre essa questão, a própria PGE/SC e o TCE/SC já haviam orientado que, sendo imprescindível tal contratação, deveriam os responsáveis providenciar os mecanismos de seleção previstos na Lei n. 8.666/93, conferindo a todos os interessados tratamento isonômico, o que garantiria a escolha da melhor proposta ao interesse público.

Na consulta n. 03/07001407 encaminhada ao TCE, o Conselheiro Relator consignou expressamente que *“caracterizada situação grave e emergencial no fluxo dos serviços jurídicos, necessariamente demonstrada, é admitido, excepcionalmente para o presente processo, que a CASAN realize a contratação emergencial por até 180 dias, através de seleção objetiva e segundo critérios pré-estabelecidos, entre os quais o preço a ser pago, com acompanhamento da PGE, de serviços advocatícios privados, observadas as disposições da lei federal 8.666.”* (fl. 268).

E no caso dos autos não havia premente urgência ou a necessidade de adquirir serviços de caráter singular com pretexto de mão de obra especializada. Tanto é que a contratualização se estendeu e chegou

a superar o limite temporal dos 180 (cento e oitenta dias) previstos na decisão acima mencionada.

Portanto, ausente o impedimento dos advogados, não há se falar em emergência ou urgência (artigo 24, inciso IV), já que estavam todos aptos a promover a defesa da CASAN nas demandas trabalhistas.

Não há falar também em inexigibilidade de licitação, já que todas as causas em que o escritório de advocacia atuou não reclamavam a atuação de profissional com “*notória especialização*” (artigo 25, inciso II).

Isso porque, tratava-se de demanda coletiva e, portanto, igual a tantas outras em que a assessoria jurídica da CASAN já havia atuado em outras oportunidades.

Dessa feita, não há como concluir que a matéria nelas debatida era complexa e requeira a intervenção de profissional gabaritado e com excepcional experiência.

Até porque, se assim afirmam os demandados, caberia a eles trazer aos autos a comprovação documental dos fatos modificativos do direito do autor (artigo 333, II do CPC), comprovando que tais situações eram atípicas e requeriam a defesa por profissional com conhecimento especial na área. No entanto, não foi assim que procederam.

Quanto ao tema, colhe-se do julgado do STJ, “*A contratação dos serviços descritos no art. 13 da Lei 8.666/93 sem licitação pressupõe que sejam de natureza singular, com profissionais de notória especialização. ‘A contratação de escritório de advocacia quando ausente a singularidade do objeto contatado e a notória especialização do prestador configura patente ilegalidade, enquadrando-se no conceito de improbidade administrativa [...]’* (REsp n. 488842/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. 17-4-2008) .

Por consequência conclui-se, pela análise detida dos autos, ser plenamente possível e, portanto, exigível licitar os serviços que à época foram prestados pelo escritório de advocacia *Chedid Advogados Associados*.

2.3 – Do fracionamento das contratações

Segundo a peça inicial, o escritório de advocacia foi contratado para a defesa de 05 (cinco) demandas coletivas trabalhistas.

Para tanto, foram celebrados contratos com o referido escritório, os quais custaram aos cofres públicos os valores entre R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais).

Todos esses contratos tiveram as mesmas partes interessadas e objetos praticamente idênticos, tendo sido todos eles celebrados com um intervalo de tempo muito curto (fls. 123-125, 133-135, 254256, 355-357...).

Assim, não há outra conclusão a se tirar senão a que os demandados fracionaram a contratação do escritório para enquadrar a não realização do certame a uma das hipóteses de dispensa de licitação.

Tanto é assim que o valor maior dos contratos foi de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais), o montante máximo permitido para a sociedade de economia mista dispensar o certame (§1º do artigo 24 da lei de licitações).

Sobre essa prática imoral, a doutrina de Emerson Garcia assim discorre:

“Um dos artifícios comumente utilizados pelos ímprobos consiste no indevido fracionamento do objeto a ser contratado, o que lhes permitirá utilizar uma modalidade mais simples de licitação, destituída de maior formalismo e publicidade, com o consequente favorecimento de terceiros com eles conluiados. Além disso, por vezes lhes será possível dispensar a própria licitação (art. 24, I e II, da Lei nº 8.666/93)” (GAR-

CIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*, ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 281).

Sendo evidente o fracionamento do objeto para possibilitar a contratação direta, implica seja reconhecida a ilegalidade do ato.

Assim, a ausência de licitação, quando é ela devida, não só se traduz em violação aos princípios da isonomia e da legalidade, mas também representa presunção de prejuízo econômico ao erário, pela falta de competitividade.

2.4 – Da ilegalidade dos contratos e da ocorrência de dano

A Constituição Federal consagrou o princípio da legalidade nos seguintes termos: “*ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*” (inciso II do artigo 5º).

No mesmo ordenamento, está explícito o princípio no artigo 37, caput, que estabeleceu a vinculação de todo o agir administrativo público à legalidade.

A regra, pois, aos particulares, é a liberdade de agir. As limitações, positivas ou negativas, deverão estar expressas em leis. Por outro lado, a aplicação do princípio aos agentes públicos é inversa, pois a liberdade de agir encontra sua fonte legítima e exclusiva nas leis. Não havendo leis outorgando campo de movimentação, não há liberdade de agir. Os agentes públicos, na ausência das previsões legais para seus atos, ficam irremediavelmente paralisados, inertes, impossibilitados de atuação.

A devida conformação do agir administrativo ao princípio constitucional da legalidade ganhou corpo e se consolidou, dentre outras, na já clássica lição de Meirelles:

“A legalidade, como princípio de administração, (CRFB, art.37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua ativi-

dade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.”

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”. (MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro. 15 ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 1990, p. 78)

Assim, o princípio da legalidade apresenta-se como um freio aos abusos e autoritarismos e personalismos, restringindo a atuação pública aos ditames legais e resguardando direitos pessoais e coletivos.

Em direito público, a regra é realização de procedimento licitatório. A exceção, a dispensa ou a inexigibilidade desse certame.

Não havendo licitação quando a procedimento era exigido, o reconhecimento da ilegalidade é medida que se impõe.

É importante registrar que o Superior Tribunal de Justiça já admitiu a dispensa ou inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios (REsp 436.869/SP). Todavia, deve ela estar repousada em uma das hipóteses previstas nos artigos 24 e 25 da Lei . 8.666/93, e devidamente comprovada nos autos.

No caso em debate, a situação é inversa, vez que demonstrada a viabilidade de competição, o que impõe o reconhecimento da ilegalidade da contratação.

Sobre a ausência de efetivo dano ao erário, tese suscitada pelos demandados, o Superior Tribunal de Justiça já julgou que “*A indevida dispensa de licitação, por impedir que a administração pública contrate a melhor proposta, causa dano in re ipsa, descabendo exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema*”. (REsp 817.921/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 06/12/2012 – sem grifo no original).

Portanto, por impossibilitar a competitividade, a indevida dispensa ou inexigibilidade de licitação há reconhecimento do dano ínsito aos cofres públicos, ainda que não haja provas nos autos acerca desta situação.

Neste caso, o valor relativo aos contratos entabulados entre a CASAN e a sociedade de advogados é de R\$ 72.000,00 (setenta e dois mil reais), montante este que, devidamente corrigido, deve ser reavido ao erário pelos causadores do rombo.

Desta feita, ainda que os demandados sustentem que houve efetiva e eficaz prestação dos serviços ora contratados, o prejuízo ao erário é presumido, cabendo a eles restituir o montante de todas as contratações.

Dispõe o artigo 10, inciso VIII da Lei n. 8.429/92 que é ato que causa prejuízo ao erário “*frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente*”, cuja pena encontra-se discriminada no artigo 12, inciso II dessa mesma legislação.

2.5 – Da atuação dos réus apenas em algumas contratações

Adonir Mário Trentini e Rubens Cruz de Aguiar sustentam que suas nomeações para os respectivos cargos se deram somente após a celebração de alguns dos contratos.

Quanto ao réu Adonir Mário Trentini, verifica-se que o demandado tomou posse no cargo de Diretor Administrativo em 02 de janeiro de 2003 (fls. 705-706), tendo, posteriormente, em 05 de fevereiro de 2004, pedido exoneração desse cargo.

Em análise aos contratos pactuados, constata-se que aqueles referentes aos processos n. 00304-2003-000-12-00-2 e 7815-2002-037-12-00-0 foram orçados e celebrados nos meses de junho e setembro de 2003, respectivamente (fls. 719-721 e 798), portanto, enquanto Adonir ainda ocupava seu cargo de Diretor Administrativo.

Já aqueles referentes aos processos AT 00443-2004-35-12-00-0 (fl. 254-256), AT 00620-0034-00-2 (fls. 123-125) e AC 00537-2004-034-12-00-0 (fls. 355-357) foram celebrados no momento em que já teria havido sua exoneração, razão pela qual não pode ser responsabilizado por esses ajustes.

Por sua vez, Rubens Cruz de Aguiar foi nomeado para o cargo de Assessor Administrativo da Presidência em 22 de abril de 2003, permanecendo nele até 06 de novembro daquele mesmo ano. No dia seguinte, 07 de novembro, foi nomeado para o cargo de Chefe de Gabinete da Presidência (fl. 709), cargo em que permaneceu até o dia 31 de dezembro de 2006.

Cumulativamente ao cargo de Chefe de Gabinete da Presidência, tomou posse interinamente no cargo de Diretor Administrativo em 10 de fevereiro de 2004, após a saída de Adonir Mário Trentini (fl. 709), permanecendo nele até 19 de março daquele mesmo ano.

Nessa condição de Diretor Administrativo Interino, “assinou em conjunto com o Presidente da Companhia, a contratação dos serviços de advocacia do Escritório Chedid Advogados Associados – Advocacia e Consultoria Jurídica S/C, para a defesa de apenas 03 processos específicos (que estão destacados na planilha de fls. 05 do processo)”, fato que foi por ele admitido em sua contestação de fl. 1857.

Referiu-se então aos processos registrados sob os n. 00443-2004-35-12-00-0, AT 00620-0034-00-2 e AC 00537-2004-034-12-00-0. Aos demais (DC 00304-2003-000-12-00-2 e AT 007815-2002-037-12-00-0),

cuja responsabilidade já foi reconhecida como sendo também de Adonir, não há nos autos provas suficientes de que Rubens tenha participado de forma decisiva em sua contratação, já que na época desses ajustes ainda não ocupava o cargo interino de Diretor Administrativo.

Portanto, Adonir Mário Trentini estava a frente do cargo de Diretor Administrativo quando da assinatura dos 02 primeiros contratos mencionados à fls. 05 e Rubens Cruz de Aguiar a frente desse mesmo cargo quando ajustadas as outras 03 contratações do escritório Chedid.

Assim, a responsabilidade de ambos se limitará aos contratos por eles celebrados.

2.6 – Do caracterização do dolo

Como visto, a modalidade de ilícito praticado pelos réus enquadra-se nas hipóteses que importam lesão ao erário.

Consigne-se não bastar a mera subsunção do fato sub judice às espécies de improbidade administrativa da Lei 8.429/92. Deve ficar comprovado que os agentes praticaram a conduta imbuídos de culpa ou dolo.

Para a tipificação do ato ímprobo, é necessária a efetiva comprovação de que os agentes públicos tenham agido com dolo, sendo certo que a mera ingenuidade, desconhecimento da lei ou indiligência, via de regra, não são tipificados nesse artigo, que revela a mais grave forma de improbidade: o enriquecimento ilícito. (AC n. 2007.032761-5, da Capital, Rel. Des. José Volpato de Souza).

O modo como as contratações foram realizadas comprovam que houve intenção em celebrá-las sem a observância da lei

Não foi uma ou duas contratações, mas sim cinco, o que demonstram a evidente intenção em perfectibilizar a contratação do mesmo escritório de advocacia em um curtíssimo espaço de tempo.

Tanto é assim que o valor da contratação mais elevada foi de R\$ 16.000,00 (dezesseis mil reais), o que demonstra que as partes estavam cientes das dicções legais que regiam as licitações para aquela espécie de sociedade, vez que limitaram o valor pago ao escritório no teto máximo previsto na legislação.

Ou seja, todos detinham conhecimento de que a regra seria a licitação, mas, dolosamente, optaram por fracionar o objeto do certame para enquadrá-la nas exceções previstas na lei.

Resta inequivocamente demonstrado o dolo dos envolvidos pois, após realizarem a consulta prévia junto ao TCE/SC (fls. 273-274) e serem alertados das consequências da inobservância da legislação n. 8.666/93 (fls. 268-270), persistiram no intento e, mesmo cientes, pactuaram os acordos com o escritório de advocacia Chedid.

Diante desse prévio alerta, não há como reconhecer que os demandados agir sem dolo, já que cientes das irregularidades que por eles seriam cometidas.

Portanto, o dolo fica assim demonstrado:

Adonir Mário Trentini, na condição de Diretor Administrativo da CASAN, foi quem, juntamente com Walmor de Luca, realizou a consulta ao Tribunal de Contas e também solicitou ao Diretor Presidente a contratação do referido escritório de advocacia (fl. 88), além de também contratar os serviços prestados pelo escritório (fl. 724).

Rubens Cruz de Aguiar, na condição de condição de Diretor Administrativo Interino da CASAN, por participar ativamente das 03 contratações tidas acima como irregular, foi também quem apresentou as justificativas para o processo de dispensa de licitação (fl. 1050), mesmo após o arrazoado já apresentado pelo TCE/SC (1053-1055).

Walmor Paulo de Lucca, na condição de Presidente da CASAN, a quem caberia supervisionar toda as tarefas desenvolvidas e articuladas pela sociedade, bem como velar pelo estrito cumprimento da legislação atinente à Licitações, obstando qualquer irregularidade porventura constatada, omitiu-se de seu dever e realizou a contratação (fl. 125), contrariando a parecer prévio exarado pelo TCE que indicava a irregularidade da ausência de licitação.

Assim, por haver efetiva ciência da ilegalidade, não de ser os demandados responsabilizados por suas condutas.

3. DAS SANÇÕES

Como já dito inicialmente, esta demanda foi julgada extinta em relação a Adonir Mário Trentini e Rubens Cruz Aguiar no que se refere à aplicação das penalidades da LIA, vez que reconhecida a prescrição, ficando ressalvada a eventual hipótese de ressarcimento ao erário (fl. 1413).

O artigo 12, inciso II da Lei de Improbidade Administrativa dispõe sobre as sanções a serem impostas nos casos de prejuízo ao erário, quais sejam: *“ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos”*

Cediço que a imposição dessas sanções deve ser gradual à proporcionalidade dos fatos cometidos, levando-se em consideração a particularidades dos atos cometidos.

Passa-se à aplicação das penalidades:

a) Ao réu Walmor Paulo de Luca, na condição de Presidente da CASAN, a quem caberia supervisionar toda as tarefas desenvolvidas e articuladas pela sociedade, bem como velar pelo estrito cumprimento da legislação atinente à Licitações, obstando qualquer irregularidade porventura constatada, aplica-se a penalidade de ressarcimento integral do dano e pagamento de multa civil equivalente a 02 (duas) vez o valor de dano.

Fixa-se a pena de multa civil nesse patamar em razão do alto cargo por ele ocupado naquela companhia, a quem competia, conforme já dito anteriormente, a estrita observância dos princípios da administração pública frente a CASAN e pela correta orientação de seus subordinados. Se não bastasse, reiterou a conduta ilegal, mesmo após ser alertado pelo TCE/SC sobre a ilegalidade da contratação.

b) condena-se o réu Adonir Mário Trentini, ocupante à época do cargo de Diretor Administrativo da CASAN, por ter ampla participação nos atos que culminaram nas 02 contratações ilegais, ao ressarcimento integral do dano, de forma solidária como os demais demandados.

c) condena-se, por fim, Rubens Cruz de Aguiar, na condição de Diretor Administrativo Interino da CASAN, por participar ativamente das 03 contratações tidas como irregular, ao ressarcimento integral do dano, de forma solidária como os demais demandados.

A sanção de ressarcimento ao erário, aplicada em todos esses casos, é decorrente do rombo presumido experimentado pelos cofres públicos com a ausência da devida de licitação, pelas razões já expostas na fundamentação.

A correção monetária se dará pela taxa SELIC, tendo como termo inicial os dias constantes nas autorizações para execução dos serviços/notas fiscais/documentos de fls. 21, 23, 25, 45 e 797-798.

4. DO DISPOSITIVO

À luz do exposto, ACOLHO EM PARTE os pedidos formulados na petição inicial para condenar:

a) Walmor Paulo de Luca às penalidades de ressarcimento integral do dano e pagamento de multa civil equivalente a 02 (duas) vezes o valor de dano;

b) Adonir Mário Trentini ao ressarcimento do dano referente às contratações atinentes ao processos DC 00304-2003-000-12-00-2 e AT 007815-2002-037-12-00-0, que totalizam o valor de R\$ 32.000,00 – trinta e dois mil reais), em solidariedade com Walmor Paulo de Luca; e,

c) Rubens Cruz de Aguiar ao ressarcimento do dano referente às contratações atinentes ao processos AT 00443-2004-35-12-00-0, AT 00620-2004-0034-00-2 e AT 00537-2004-034-12-00-0 (R\$ 40.000,00 – quarenta mil reais – fl. 05), em solidariedade com Walmor Paulo de Luca.

Extingue-se o feito sem resolução de mérito em relação a João Lealdino da Silveira, vez que ilegítimo para figurar no polo passivo da demanda.

Motivado pelo princípio da causalidade, condeno também os réus Walmor Paulo de Luca, Adonir Mário Trentini e Rubens Cruz de Aguiar nas custas processuais no patamar de 50%, 20% e 30%, respectivamente. Deixo de condená-los, contudo, nos honorários advocatícios.

Os valores correspondentes ao ressarcimento do dano serão corrigidos na forma da fundamentação.

Os bens e valores já constringidos em decorrência da decisão que deferiu a liminar (fls. 537-549 e 1836-1837) servirão como forma de pagamento da condenação aqui proferida, com exceção de eventual verba e bem de propriedade de João Lealdino da Silveira, que deverão ser liberados de constrição.

P. R. I.

Florianópolis (SC), 05 de março de 2014.

Luiz Antônio Zanini Fornerolli

JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Autos n. 0838372-19.2013.8.24.0023

Ação: Procedimento Ordinário/PROC

Autor: Transporte Coletivo Estrela Ltda

Réu: Estado de Santa Catarina

Vistos, etc.

Trato de ação ordinária promovida por TRANSPORTE COLETIVO ESTRELA Ltda contra o ESTADO DE SANTA CATARINA, objetivando sua condenação no importe de R\$ 115.000,00, decorrente do prejuízo por si experimentado, quando no ano de 2013 um de seus ônibus, responsável pelo transporte coletivo no Município de Florianópolis, acabou incendiado por, presumivelmente, elementos integrantes ou simpatizantes da facção PGC, numa série de atos de vandalismo promovidos em vários rincões do Estado.

Citado, respondeu o ESTADO DE SANTA CATARINA, sustentando em preliminar, a carência de ação em razão de sua ilegitimidade passiva para a causa. No mérito, alinhou o réu, que o evento que se proclama a indenização não restou comprovado de autoria de bandidos, e mesmo que isso configurasse certo, não se comportou inerte diante de todos os fatos tirados com violência pela pretensa facção criminosa, nos anos de 2012 e 2013. Ademais, ressalta que não está habilitado como segurador universal, decorrendo disso sua irresponsabilidade.

Feito replicado e saneado. Designada audiência de instrução e julgamento, foram ouvidos dois informantes arrolados pela empresa autora.

As últimas alegações foram remissivas.

Disse o necessário. Decido, pois.

Versam os autos de ação ordinária na qual a empresa autora busca a indenização do Estado, sustentando que atos levados a efeito pela fac-

ção criminosa PGC, no período de fim do ano de 2012 e início de 2013, em ação orquestrada, como repulsa a determinados fatos ocorridos no sistema prisional do Estado de Santa Catarina, ateando fogo a ônibus, o poder público se postou negligente, operando com omissão específica, pois mesmo sabedor da realidade dos fatos, presente a periclitção da segurança pública dos catarinenses, negligenciou seu dever de solicitar ajuda à Força Nacional de Segurança, com o fim de impedir ou inibir os atos delinquentiais.

Fundamentos da decisão.

Antes de abordarmos especificamente a matriz da questão deduzida, convém de se sublinhe, rapidamente, o norte orientador da responsabilidade.

A Constituição Federal e o Código Civil demarcam a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica de direito público interno, quando essa, direta ou indiretamente, por seus prepostos, nessa qualidade, por ação ou omissão, determinarem a terceiros danos de ordem geral.

Não é objeto de dúvida que a regra inscrita no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, encarna o princípio da responsabilidade objetiva, consubstanciada no risco administrativo, uma vez que se admite, pacificamente, na doutrina e jurisprudência, a possibilidade da existência de causas que excluem e/ou mitigam a responsabilidade estatal.

Sendo assim, aquela figura do Estado garantidor, suportada pela teoria do risco integral, restou afastada de aplicabilidade no Direito brasileiro.

Em se tratando de responsabilidade objetiva, cumpre ao autor da demanda que esteie seu pedido com a comprovação suficiente do fato lesivo e de seu resultado danoso, não olvidando da relação de causalidade entre eles, sendo despiciendo a discussão da culpa.

Isso é verdadeiro, independentemente de considerarmos que o fato lesivo seja de ordem decorrente de ação ou omissão específica. A propósito, em dias atuais, é francamente admitido, que essa responsabilização do Estado provenha, não só de atos comissivos, ou seja, aqueles impostos por ação, mas também, por aqueles que resultaram existentes por omissão específica (STF, ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Eros Grau, Cármen Lúcia; TJSC, desembargadores Luiz César Medeiros, Newton Trisotto, Francisco de Oliveira Neto, entre outros tantos), caracterizada esta ocorrência pela figura do Estado deixar de agir quando lhe era lícito esperar que assim o fizesse (doutrina de Sérgio Cavalieri Filho).

Mas, nem toda responsabilização estatal é considerada como objetiva. Situações existem, onde a teoria que consubstancia a responsabilidade é marcadamente subjetiva, identificada, sobretudo, quando o preposto do Estado pratica a ação contra o próprio Estado ou contra seus outros prepostos, ou quando se depara com a resultante do dano oriundo de omissão estatal genérica abrangência negativa das disposições constitucionais instalados no § 6º do art. 37, uma vez que não se olvida que a Constituição demarca o centro do sistema jurídico que disciplina uma nação, possuindo suas premissas conteúdo de norma jurídica aplicável, ainda que não regulamentada por lei (doutrina da força normativa da Constituição de Konrad Hesse).

Bem, aí está a guia de resolução da causa! A questão é identificar se a omissão do Estado foi genérica ou específica. Mas, uma coisa resulte clara, não se pode colher uma posição extremada para entender-se que o Estado seja segurador de tudo que ocorre de lesivo na sociedade (parafraseando José dos Santos Carvalho Filho).

O Estado não é onipresente, onisciente ou onipotente. Não estando em todo lugar, muito menos sabe de tudo o que acontece e muitas vezes, em decorrência de múltiplos fatores, é mesmo impotente.

E este é o caso em voga: impotência estatal!

Verdade é que a situação que emoldura a petição inicial demarcou um quadro de extrema gravidade, pois o crime organizado arrostando a figura do Estado, e por dias, ditou arrogantemente uma autoridade movida pelo atentado arrefecendo a estabilidade social. Mas isso não impõe, por si só, a fragilidade de todas as instituições estatais. O Estado continuou a funcionar normalmente, porém com grande sequela na ordem de segurança pública. Entretanto, não se anarquizou!

Isso revela que, por mais incrível que possa ser, determinada parcela de reeducandos contidos em instituições penais, como cabecéis, mesmo segregados, comandaram, através de associados libertos, agindo adrede e subalternamente, a partir de ordens providas dos ergástulos, praticando condutas incivis, através de práticas atemorizantes, instabilizantes e terroristas, exercendo atividades sinistras de calcinar ônibus, com ou sem passageiros, colocando a sociedade em polvorosa, alarmada ante a sensação de insegurança instaurada pelas práticas odiosas.

Tais condutas foram e são inaceitáveis em um Estado de Direito. O Estado não pode ser subjugado pelo crime organizado. A existência e a organização do Estado é anterior (a propósito, mire-se em *Leviatã* de Thomas Hobbes), como anterior deve ser o exercício de suas funções, sem qualquer embaraço constrangedor.

Os fatos trazidos na petição inicial ditam que o Estado apequenou-se frente à ousadia da marginalidade. Não é bem assim. As instituições continuaram a desenvolver seu papel, e tanto que o foi, que a questão, mesmo inadmissível, foi contornada e vencida pelo Estado de Direito.

Na verdade, é conveniente obtemperar que muito dessa ação orquestrada, é embalada pela ausência ou com leniência com que o Estado brasileiro trata a respeito a reeducação no cárcere. E não é só, a associação da indolência das leis penais e a ausência de políticas públicas em

favor da reeducação dos reclusos contribuem, exageradamente, para o surgimento dessas revoluções intestinas, criando-se endoestados, paralelos ao oficial, que se munem de atividades de guerrilhas urbanas para demarcar a omissão e enfrentar a incompetência do Estado.

Mas, esta constatação, ainda verdadeira e relevante, não equilibra a causa de pedir. Portanto, estéril qualquer abordagem nesta decisão. A questão da figura omissiva ou incompetente do Estado possui seu centro argumentativo na seara política-social-econômica, sendo lógico, que seu apuro temático refoge a questão judicial.

Por isso, voltando ao nó górdio central, há que se verificar então, se se está debruçado sobre um fato que enseja conotação de responsabilidade subministrada pela omissão genérica ou específica?

De pronto, parece-me que se trata de omissão genérica. E o é assim, calçado na argumentação que o Estado de Santa Catarina não foi o criador da situação que ensejou, especificamente, a ocorrência do evento danoso, a ponto de entender-se que a ele estaria convergido o dever, independentemente de outros fatores e atores, de agir para impedir.

A questão da inabilidade do Estado com a segurança pública é coisa antiga. De tão remanescente, os criminosos ensaiaram-se na senda de organizar-se, pois unidos imaginam gerar a sensação de força igual ou superior à disposta pelo Estado, e assim, sob o império da insegurança, buscam aniquilar os freios estatais. E é óbvio, que a situação chegou onde está não por culpa do Estado de Santa Catarina ou não só por causa do Estado catarinense.

Os acontecimentos de insurgimento se deram movidos por inúmeros fatores, muitos deles afastados de qualquer responsabilidade estatal. E isso é fundamental para uma ação de responsabilização, pois afinal de contas, só pode ser responsabilizado pelo dano aquele que, de qualquer forma, concorreu para o surgimento e a existência dele.

Aqui a porta de entrada da resolução é objetiva. O autor há que provar e não apenas criar um cenário que demarque potencialmente a responsabilidade estatal. Assim, há que se ficar comprovado que a omissão do Estado contribuiu para o clima de instabilidade na segurança pública. E mais, carece de prova que a alegada ação tardia de convocar a segurança pública foi o agente catalisador para toda onda de barbáries cometidas pela dita facção criminosa.

O Estado de Santa Catarina, pelo menos aqui, não pode ser soerguido à condição de responsável a partir de sua possível incúria em chamar a ajuda das forças federais. Na verdade, essa foi convocada. Não se sabe afinal, se cedo ou tardiamente; porém, doutro ponto de vista, é iniludível que a míngua de prova, que se comparecesse antecedentemente tal força policial o cenário vivenciado de insegurança estaria afastado.

Aliás, a calha disso, trabalha-se em juízo de suposição, pois imaginemos que, o Estado solicita a União e não a requisita. Isso quer dizer que, mesmo que convocada anteriormente, por si só, não revela que a União atenderia com máxima eficácia o clamor do Estado de Santa Catarina.

Isso é o que ocorre ao caso em exame, com o escopo apenas argumentativo, pois não raro se vê, que pessoas que estavam jungidas a determinados deveres jurídicos são chamadas a responder por eventos a que apenas aparentemente deram causa, pois, quando examinada tecnicamente a relação de causalidade, constata-se que o dano decorreu efetivamente de outra causa, ou de circunstância que as impedia de cumprir a obrigação a estavam vinculadas.

O que se está perseguindo aqui é uma distorção da responsabilidade francamente admitida no ordenamento jurídico brasileiro. A entender como devida a responsabilização no caso em comento, estar-se-á adotando a teoria da responsabilidade integral, circunstância essa sem respaldo acadêmico e jurisprudencial.

Para tê-la como omissão específica do Estado, haveria de guiar-se através do entendimento de que o Estado, por sua omissão, criou a situação eficiente pela qual se determinou a ocorrência do dano, quando seria lícito crer que deveria ter o dever de impedir.

Nesta situação, o Estado de Santa Catarina não foi o criador, e nem é justo que se crie e imagine que, pelos menos, era esperado que evitasse o ocorrido. Mais uma vez, o Estado não é onipresente, logo, não pode estar em todos os lugares para evitar práticas criminosas.

A se crer dessa forma, passamos a entender que a omissão é genérica, e assim o sendo, cabe o Estado de Santa Catarina o dever de indenizar, isso mesmo a despeito de sua facciosa onipresença. O que seria um absurdo.

Mesmo que a segurança pública circunscreva-se como dever do Estado (CF, art. 144), não pode se dar ao preceito constitucional largueza igual à de compreender que ao Estado está reservada a função de reparar danos de tudo que acontece no seio social (novamente, José dos Santos Carvalho Filho).

Não é novidade que, a segurança pública, a exemplo da saúde, educação, cultura, infraestrutura ... desenvolve-se através de políticas públicas que guardam sintonia com a *reserva do possível*. E por falar nisso, as políticas públicas, salvo patente ofensa ao texto constitucional, não podem ser eleitas pelo poder Judiciário (JJ Gomes Canotilho).

Para finalizar, a segurança pública, tão qual modulação constitucional, é de *responsabilidade de todos*. Logo, em se tratando do tema, a responsabilidade é espargida para toda a sociedade, cabendo a cada qual, no desempenho de atividades afinadas ao seu interesse, agir de forma positiva e negativa; esta, no sentido de não violar qualquer preceito normativo que atente contra a vida ordeira em sociedade, e àquela, como *múnus* público de colaborar com o Estado a fim de impedir ou inibir condutas que coloquem em risco a vida e a ordem nessa mesma sociedade.

Seria neste caso, a materialização que cada um faz a sua parte. Assim, estando patente o clima de pavor e de alta sujeição de se vitimizar, cabe a cada um, ao encontro da letra da Constituição Federal, desempenhar tarefas lícitas no sentido de minimizar as consequências deletérias da insegurança pública.

Aliás, é isso que corriqueiramente se faz: coloca-se alarme anti-furto em veículos e em propriedade imóveis; coloca-se grades, cercas altas e energizadas em residência; quem pode contrata segurança particular ... e outros tantos instrumentos postos em sociedade que servem para potencializar a segurança pessoal sua e de sua família, como também na defesa de suas propriedades.

Ante o exposto, REJEITO o pedido formulado pelo autor.

Condeno o autor nos honorários advocatícios do procurador estadual, os quais fixo desde já em R\$ 1.000,00 (um mil reais), a ser corrigido monetariamente pelo INPC a partir da publicação. Deverá arcar, ainda, com as custas processuais.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Florianópolis (SC), 03 de junho de 2014.

Luiz Antônio Zanini Fornerolli

JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

**RELAÇÃO DAS COMARCAS
DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

Fórum da Comarca de Abelardo Luz
Av. Padre João Smedt, 1.667 — 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 Antônio David Filet, s/n — Centro
CEP: 88740-000 — Armazém
Telefone: (48) 3645-4200

Fórum da Comarca de Ascurra
Rua Padre Simão Majcher, 65 — Centro
CEP: 89138-000 — Ascurra
Telefone: (47) 3383-3300

Fórum da Comarca de Balneário Camboriú
Av. das Flores, s/n — Bairro dos Estados
CEP: 88330-000 — Balneário Camboriú
Telefone: (47) 3261-1700

Fórum da Comarca de Balneário Piçarras
Av. Eulálio da Trindade, 26 — Centro
CEP: 88380-000 — Piçarras
Telefone: (47) 3347-4007

Fórum da Comarca de Barra Velha
Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1.003 — Centro
CEP: 88390-000 — Barra Velha
Telefone: (47) 3446-7500

Fórum da Comarca de Biguaçu
Rua Rio Branco, 29 — Centro
CEP: 88160-000 — Biguaçu
Telefone: (48) 3279-9200

Fórum da Comarca de Blumenau
Rua Elesbão Pinto, 620 — Bairro da Velha
CEP: 89036-200 — Blumenau
Telefone: (47) 3321-9200

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
Rua Jorge Lacerda, s/n (Pça. Padre Roher) — Centro
CEP: 88750-000 — Braço do Norte
Telefone: (48) 3658-9200

Fórum da Comarca de Brusque
Praça das Bandeiras, s/n — 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) 3561-2500

Fórum da Comarca de Camboriú
Rua Goiânia 104 — Centro
CEP: 88340-000 — 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, s/n — 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 de Capital (Central)
Av. Governador Gustavo Richard, 434 — Centro
CEP: 88020-901 — Florianópolis
Telefone: (48) 3287-6500

Fórum Bancário da Capital
Rua Anita Garibaldi, 365, Ed. Artur Silveira — Centro
CEP: 88020-120 — Florianópolis
Telefone: (48) 3287-5700

Fórum Des. 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 — Estreito
 CEP: 88075-310 — Florianópolis
 Telefone: (48) 3287-5100

Fórum Distrital do Norte da Ilha
 Campus da UFSC
 Av. Desembargador Vitor Lima, 183 – fundos – Serrinha
 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 Felipe Schmidt, 1.435 — 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 Dr. Maruri, 865 — Centro
CEP: 89700-000 — 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
Rua 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: 88804-301 — 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 Curitibaanos
Rua Antônio Rossa, 241 — Centro
CEP: 89520-000 — Curitibaanos
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
 Rodovia Antônio Valmor Canela, 106 — Santa Izabel
 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, 1.226 — Centro
 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 28 de Agosto, 2000 — Centro
CEP: 89270-000 — Guaramirim
Telefone: (47) 3373-9500

Fórum da Comarca de Herval do Oeste
Rua Nereu Ramos, 388 — Centro
CEP: 89610-000 — Herval do 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
Rodovia SC 444, km 5, 150, Loteamento Simone/Jaqueline
CEP: 88820-000 — Içara
Telefone: (48) 3467-1100

Fórum da Comarca de Imaruí
Av. Governador Celso Ramos, s/n — 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
Praça dos Expedicionários, s/n — 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: 88301-902 — Itajaí
Telefone: (47) 3341-9300

Fórum da Comarca de Itapema
Av. Marginal Oeste da BR 101, 7.980 — Morretes
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 — Itapema do Norte
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: 89201-900 — Joinville
Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da Comarca de Lages
Rua Belisário Ramos, 3.650 — Centro
CEP: 88501-902 — Lages
Telefone: (49) 3221-3500

Fórum da Comarca de Laguna
Rua Arcângelo Bianchini, 69 — Centro
CEP: 88790-000 — Laguna
Telefone: (48) 3644-8300

Fórum da Comarca de Lauro Müller
Travessa 20 de Janeiro, s/n — Centro
CEP: 88880-000 — Lauro Müller
Telefone: (48) 3464-8600

Fórum da Comarca de Lebon Régis
Rua Valdir Ortigari, 45 — Centro
CEP: 89515-000 — Lebon Régis
Telefone: (49) 3247-6000

Fórum da Comarca de Mafra
Av. Cel. José Severiano Maia, 863 — Centro
CEP: 89300-000 — Mafra
Telefone: (47) 3641-4200

Fórum da Comarca de Maravilha
Av. Anita Garibaldi, 1.181 — Centro
CEP: 89874-000 — Maravilha
Telefone: (49) 3664-8800

Fórum da Comarca de Meleiro
Rua José Mezari, 281 — Jardim Itália
CEP: 88920-000 — Meleiro
Telefone: (48) 3537-8300

Fórum da Comarca de Modelo
Rua Presidente Vargas, 20 — Centro
CEP: 89872-000 — Modelo
Telefone: (49) 3365-2500

Fórum da Comarca de Mondai
Rua Aurora, 65 — Centro
CEP: 89893-000 — Mondai
Telefone: (49) 3674-3000

Fórum da Comarca de Navegantes
Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 — Centro
CEP: 88375-000 — 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 Clementino Zambonato, 119 — Centro
 CEP: 88540-000 — Otacílio Costa
 Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça
 Rua Cel. Bernardino Machado, 95 — Centro
 CEP: 88130-220 — Palhoça
 Telefone: (48) 3287-5500

Fórum da Comarca de Palmitos
 Rua Padre Manoel da Nóbrega, s/n — 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. Porto Alegre — Esq. com a Rua São Luiz, 735 — Centro
 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
Av. Gov. Celso Ramos, 2.890 — Centro
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 Kurt Hering, 14 — 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, s/n — Centro
CEP: 89198-000 — Rio do Campo
Telefone: (47) 3564-8900

Fórum da Comarca de Rio do Oeste
Rua XV de Novembro, 1.570 — Centro
CEP: 89180-000 — Rio do Oeste
Telefone: (47) 3543-9300

Fórum da Comarca de Rio do Sul
Rua Dom Bosco, 820 — Jardim América
CEP: 89160-000 — Rio do Sul
Telefone: (47) 3531-4700

Fórum da Comarca de Rio Negrinho
Rua Carlos Hantschel, 425 — Bela Vista
CEP: 89295-000 — Rio Negrinho
Telefone: (47) 3646-1700

Fórum da Comarca de Santa Cecília
Rua 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: 89965-000 — 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 — Colonial
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 Major Azambuja, 138 — Centro
CEP: 89835-000 — São Domingos
Telefone: (49) 3443-6800

Fórum da Comarca de São Francisco do Sul
Rua Leôncio Pereira, 304 — Rocio Pequeno
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 Zannini, 380 — Barreiros
CEP: 88117-200 — 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 Dom Pedro II, 966 — Centro
CEP: 89990-000 — São Lourenço do Oeste
Telefone: (49) 3344-8200

Fórum da Comarca de São Miguel do Oeste
Rua Marcílio Dias, 2.070 — Sagrado Coração
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, s/n — 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, s/n — Vila Nova
CEP: 89176-000 — Trombudo Central
Telefone: (47) 3544-8100

Fórum da Comarca de Tubarão
Rua Wenceslau Brás, 560 — Vila Moema
CEP: 88701-901 — Tubarão
Telefone: (48) 3621-1500

Fórum da Comarca de Turvo
Rua Nereu Ramos, 609 — Centro
CEP: 88930-000 — Turvo
Telefone: (48) 3525-8000

Fórum da Comarca de Urubici
Rua Nereu Ramos, n. 200 — Centro
CEP: 88650-000 — Urubici
Telefone: (49) 3278-6900

Fórum da Comarca de Urussanga
Rua Barão do Rio Branco, 115 — Centro
CEP: 88840-000 — Urussanga
Telefone: (48) 3441-1300

Fórum da Comarca de Videira
Rua Vítor Meirelles, s/n — Ed. Brasil-Austria — Matriz
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

AÇÃO RESCISÓRIA

2010.020522-3 Blumenau.....525

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

290 (STF) Santa Catarina.....76

2010.026764-9 São Francisco do Sul.....354

2013.077467-9 Tribunal de Justiça.....368

2013.077468-6 Capital.....335

AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2013.046935-2/0001.00 Capital.....786

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

1.418.795 Santa Catarina.....303

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2012.067211-4 Criciúma.....446

2013.050224-3 Balneário Camboriú.....777

2013.050566-5 Capital.....678

2013.058282-5 Seara.....376

2014.015037-7 Palhoça.....667

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

2012.030193-0 Capital.....876

APELAÇÕES CÍVEIS

2007.060473-7 Capital.....477

2009.044289-6	São Francisco do Sul.....809
2010.014739-2	Capital.....851
2010.086091-9	São José.....708
2011.048624-2	Itajaí.....646
2011.069481-8	Joinville.....773
2011.070971-7	São Miguel do Oeste.....383
2011.072532-6	Guaramirim.....602
2011.099152-3	Presidente Getúlio.....700
2012.044927-8	Itajaí.....462
2012.081752-9	Joinville.....657
2013.019479-2	Tangará.....607
2013.033389-9	Blumenau.....624
2013.052787-4	Sombrio.....739
2013.057791-0	Criciúma.....815
2013.065549-6	Capivari de Baixo.....587
2013.067196-4	Balneário Camboriú.....497
2013.069254-2	Criciúma.....508
2013.070919-1	Forquilha.....842
2013.078093-3	Cunha Porã.....388
2014.005682-8	Forquilha.....747
2014.007155-2	Timbó.....561
2014.008097-7	Rio do Sul.....550
2014.023222-2	Lages.....765
2014.023922-6	Timbó.....573

APELAÇÕES CRIMINAIS

2011.085665-2	Campo Erê.....1040
---------------	--------------------

2013.006747-1	Forquilha.....	1010
2013.010757-9	Blumenau.....	907
2013.019762-6	Joinville.....	962
2013.028017-2	Camboriú.....	974
2014.007806-8	Chapecó.....	991
2014.009479-4	Criciúma.....	949

DECISÃO MONOCRÁTICA DA 1ª VICE-PRESIDÊNCIA

2014.041351-6	Balneário Camboriú.....	1093
---------------	-------------------------	------

EMBARGOS INFRINGENTES

2012.051069-4	São Miguel do Oeste.....	401
2014.016841-5	Mafra.....	684

HABEAS CORPUS

121.652 (STF)	Santa Catarina.....	93
290.120 (STJ)	Santa Catarina.....	213
2014.015511-9	Ibirama.....	1002
2014.034144-2	Dionísio Cerqueira.....	1062

INQUÉRITO

3.074 (STF)	Santa Catarina.....	100
-------------	---------------------	-----

MANDADO DE SEGURANÇA

2013.065627-8	Capital.....	797
---------------	--------------	-----

RECURSO CRIMINAL

2012.075145-8 Timbó.....1071

RECURSO DE AGRAVO

2014.012014-7 Joinville.....933

RECURSOS ESPECIAIS

1.184.867 (STJ) Santa Catarina.....230

1.311.963 (STJ) Santa Catarina.....267

1.383.707 (STJ) Santa Catarina.....282

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

355.856 (STF) Santa Catarina.....131

573.232 (STF) Santa Catarina.....149

REVISÃO CRIMINAL

2014.013340-5 Balneário Camboriú.....883

SENTENÇAS

0025412-35.2011.8.24.0023 Capital.....1118

0063370-75.1999.8.24.0023 Capital.....1103

0838372-19.2013.8.24.0023 Capital.....1137

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE LIMINAR

– Transporte coletivo municipal – Prorrogação da concessão, com escopo de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e amortizar os prejuízos acumulados pelas concessionárias. Dever de indenizar. Indenização de elevada monta, que representa onerosidade demasiada aos cofres públicos. Possibilidade de prorrogar. Prevalência do interesse público. Possibilidade de extinguir a concessão, caso haja amortização dos custos antes de findo o prazo de prorrogação. Sentença reformada. Recursos providos.....815

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

– Inscrição do nome da apelante no cadastro restritivo de proteção ao crédito – Dívida contraída pelo ex-cônjuge. Irregularidade do apontamento. Baixa imediata após cientificação do divórcio. Boa-fé evidenciada. Carência de justificativa para a pretendida atribuição do dever de indenizar. Recurso desprovido.....607

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

– Inscrição do nome da demandante em cadastro de proteção ao crédito – Administradora de consórcio. Negativa ao argumento de que a autora assinou contrato de alienação fiduciária e nota promissória na condição de devedora solidária de consorciado que se tornou inadimplente. Assinaturas apostas em campos destinados ao cônjuge do avalista. Outorga uxória. Ato que não vincula o subscritor ao título. Ausência de responsabilidade pelo débito.

Inscrição indevida no cadastro de proteção ao crédito. Dano moral configurado. Sentença confirmada. Recurso desprovido.....739

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE

– Acidente de trânsito – Condutor de veículo sob efeito de álcool no momento da colisão. Fato constatado por auto específico. Suspensão do direito de dirigir por um ano. Condenação. Recurso desprovido.....842

AÇÃO DE COBRANÇA

– Acidente de trânsito – Negativa de seguro ao argumento de que a autora permitiu que seu filho menor e não habilitado dirigisse o automóvel segurado. Prova condizente com a versão da seguradora. Agravamento do risco configurado. Indenização indevida. Sentença improcedente mantida. Recurso desprovido.....646

AÇÃO DE COBRANÇA

– Transporte marítimo – Obrigação de pagamento de sobre-estadia. Cofres não devolvidos no prazo estabelecido pelas partes. *Demurrages* devidas. Recurso desprovido.....708

AÇÃO DE CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO

– Partilha de bens – Aquisição pelo varão após a separação judicial. Exclusão da divisão. Litigância de má-fé. Pedido em contrarrazões recursais. Ausência de dolo processual. Sentença mantida. Recurso desprovido.....657

AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CONJUGAL DE FATO

– Comunicação das verbas trabalhistas relativas ao período laborado enquanto os litigantes ainda conviviam maritalmente – Mitigação da regra de incomunicabilidade dos proventos pessoais. Meação que se impõe. Recurso parcialmente provido.....388

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL

– Demandante que é instado a quitar dívida de empresa da qual não é mais sócio – Alteração do contrato social sem o devido registro na Junta Comercial. Obrigação de pagar ao requerente o montante que despendeu em razão das dívidas societárias. Dano moral configurado. Recurso parcialmente provido.....747

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

– Anotação nos órgãos de proteção ao crédito – Débito locatício. Fiança. Prorrogação. Prazo indeterminado. Ausência de estipulação que limite o prazo da garantia. Negativação decorrente do exercício regular do direito. Notificação prévia. Responsabilidade do órgão mantenedor do cadastro. Sentença mantida. Recurso desprovido.....550

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

– Servidor público estadual, professor – Assédio moral. Responsabilidade civil subjetiva do Estado. Desvio arbitrário das funções do cargo de professor e imposição de situação de constrangimento. Abalo anímico comprovado. Sentença reformada. Recurso provido...851

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

– Eleição para direção de escola municipal – Cargo assumido pela autora. Manifestação de discordância acerca do fato por meio de faixas colocadas em via pública. Simples opinião. Conteúdo não ofensivo. *Animus caluniandi* ou *difamandi* não verificados. Dano moral inexistente. Recurso desprovido.....561

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

– Pichação de muro com dizeres que imputam prática criminosa ao autor – Município com menos de quatro mil habitantes, o que torna improvável a imputação de outra pessoa de mesmo nome. Conduta imprudente e ilícita do réu. Dano moral a ser reparado porque presumível na espécie. Recurso desprovido.....573

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS

– Erro médico – Cirurgia estética embelezadora. Lipoaspiração e mamoplastia de aumento. Obrigação de resultado. Falha na prestação do serviço com relação à cirurgia de mamas. Danos morais e estéticos. Dever de indenizar reconhecido na origem. Responsabilidade solidária da clínica também acionada. Viabilidade. Relação de consumo. Recursos da autora e do médico providos parcialmente e desprovido o recurso da clínica.....624

AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO

– Reconvenção – Contratante inadimplente, que pagou parte ínfima do preço ajustado. Impossibilidade e aplicação de cláusula penal. Adquirente que usufrui o bem imóvel há mais de doze

anos. Condenação ao valor equivalente ao aluguel do período. Limitação de ressarcimento. Indenização por melhorias no imóvel. Indeferimento, por falta de provas. Desconto do montante a ser apurado a título de perdas e danos do valor da multa penal. Recurso parcialmente provido.....462

AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO

– Relação negocial continuada – Negócio havido entre as partes no âmbito de relação maior. Não identificação da relação contratual a ser revisada diante da pluralidade da negociação. Impossibilidade de revisão. Recurso desprovido.....700

AÇÃO DE SOBREPARTILHA

– Pretensão do varão à divisão de imóvel adquirido pelo casal no curso do matrimônio – Registro dominial do bem em titularidade conjunta. Abandono do lar, voluntária, por mais de quarenta e cinco anos. Usucapião entre cônjuges. Viabilidade. Recurso desprovido.....587

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

– Lei estadual n. 1.117/1990 – Vinculação de vencimento de servidores estaduais a piso salarial não inferior ao salário mínimo profissional. Vício de iniciativa. Autonomia dos Estados. Liminar deferida. Recurso provido.....76

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

– Lei estadual que garante a internação de gestante de alto risco na rede privada de saúde em caso de inexistência de vaga na rede pública – Iniciativa parlamentar. Impossibilidade. Usurpação da iniciativa privativa do governador. Reconhecimento. Declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 16.025/2013. Recurso provido....335

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

– Lei estadual n. 16.024/2013, de iniciativa parlamentar – Inclusão de iogurte e bebida láctea produzidos no Estado na merenda escolar da rede pública. Matéria de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo. Vício formal evidenciado. Procedência. Recurso provido.....368

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

– Lei complementar municipal que instituiu incentivo para a implantação de programas habitacionais de interesse social por meio da concessão de aumento do potencial construtivo, acréscimo na taxa de ocupação, no coeficiente de aproveitamento dos imóveis e no número de pavimentos das edificações – Matéria relativa à proteção ambiental e ao uso do solo urbano. Zona costeira. Princípios da impessoalidade, moralidade e proibição do retrocesso ambiental. Afronta à Constituição Estadual. Inconstitucionalidade formal e material. Recurso provido.....354

AÇÃO ORDINÁRIA DE REPARAÇÃO DE DANOS

– Equívoco de empresa terceirizada na venda de passagem rodoviária em dia de feriado em que a empresa de ônibus não atenderia a linha, o que inviabilizou o embarque da passageira – Autora chegou ao destino por meio de carona e prosseguiu viagem que estava programada. Aborrecimento. Danos materiais de pequena monta, correspondentes ao valor da passagem não utilizada e ao pagamento de táxi. Recurso desprovido.....809

AÇÃO RESCISÓRIA

– Dissolução de união estável – Pedidos de partilha de bens e fixação de alimentos em benefício da prole com fundamento em dolo da parte vencedora. Bens imóveis adquiridos antes da união estável que não devem integrar a partilha. Inclusão indevida. Recurso provido.....525

AGRAVO DE INSTRUMENTO

– *Vide* Recurso.

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS (ESTADUAL)

Art. 14142

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS (ESTADUAL)

Art. 25355

COBRANÇA DE SEGURO

– Acidente de trânsito – Exclusão da cobertura. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Alienação do veículo a pessoa jurídica da qual o anterior proprietário é sócio. Esposa deste que conduzia no momento do sinistro. Teoria da aparência. Aplicação. Sentença reformada. Recurso provido.....602

CÓDIGO CIVIL

Art. 46	446
Art. 51.....	446
Art. 151.....	720
Art. 153.....	709, 720
Art. 156.....	720
Art. 157.....	728
Art. 182.....	499
Art. 186.....	414, 429, 522, 567, 569, 576, 758, 855
Art. 187.....	414, 429, 567, 576, 758, 851
Art. 188, I.....	559
Art. 197.....	592
Art. 206, § 1º, “b”.....	602
Art. 224.....	710, 731
Art. 281.....	381
Art. 335, I.....	618, 765, 768
Art. 413.....	470
Art. 416.....	472
Art. 423.....	720
Art. 424.....	720
Art. 732.....	717
Art. 915.....	381

Art. 927.....	414, 429, 431, 567, 758, 855
Art. 999.....	757
Art. 1.003.....	752
Art. 1.053.....	752
Art. 1.057.....	752
Art. 1.102 a 1.112.....	446, 453
Art. 1.150.....	757
Art. 1.151.....	748, 757
Art. 1.166.....	256
Art. 1.190.....	783
Art. 1.191.....	783
Art. 1.240-A.....	595
Art. 1.267.....	606
Art. 1.276.....	596
Art. 1.571.....	593, 597
Art. 1.573.....	596
Art. 1.581.....	591
Art. 1.589.....	544, 676
Art. 1.647, III.....	739
Art. 1.694, § 1º.....	388, 394
Art. 1.695.....	394
Art. 1.725.....	540

CÓDIGO CIVIL/1916

Art. 168.....	591
Art. 553.....	587
Art. 1.375	774
Art. 1.380.....	774

CÓDIGO COMERCIAL

Art. 329.....	774
---------------	-----

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI N. 8.078/1990)

Art. 2º.....	708, 714
Art. 3º, § 2º.....	604
Art. 14.....	811
Art. 16.....	489
Art. 18.....	477

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Art. 6º.....	158, 178, 376, 812
Art. 14.....	504
Art. 17.....	666, 1117
Art. 20.....	246, 549, 696, 735
Art. 20, § 3º.....	736
Art. 20, § 4º.....	696, 735
Art. 21.....	549, 611
Art. 21, caput.....	246
Art. 47.....	283, 295
Art. 130.....	575
Art. 132.....	563
Art. 156.....	710, 731
Art. 157.....	710, 731
Art. 231, II.....	525, 537
Art. 232, I.....	525
Art. 244.....	847

Art. 267, IV	1110
Art. 267, VI.....	1116
Art. 284.....	766
Art. 319.....	532
Art. 330, I.....	575, 648, 1105
Art. 333, I.....	547, 616, 623
Art. 333, II.....	474, 580, 709
Art. 343.....	532
Art. 358, III.....	777, 783
Art. 460.....	624
Art. 472.....	183, 194, 286
Art. 485.....	525, 532
Art. 488, I.....	539, 548
Art. 503.....	449
Art. 514, II.....	103, 462
Art. 523, § 1º.....	406, 607
Art. 530.....	690, 692
Art. 531.....	687
Art. 535.....	325, 517
Art. 535, II.....	234, 286, 298
Art. 543-C, § 1º.....	692, 874
Art. 557.....	786
Art. 557, § 1ºA.....	378
Art. 614, II.....	706
Art. 798 e 799.....	382
Art. 890.....	765, 769
Art. 900.....	765, 769
Art. 982.....	658

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Art. 22.....	1068
Art. 41.....	104, 1017
Art. 72.....	1066
Art. 159.....	952, 1041
Art. 159, § 2º.....	1071, 1077
Art. 167.....	1057
Art. 222, § 1º.....	1005
Art. 311.....	215
Art. 312.....	215, 909, 931, 1008
Art. 313, I.....	1002
Art. 316.....	213
Art. 319, I, II, IV, V.....	213
Art. 386, II.....	949, 952, 1042, 1061
Art. 413.....	1073, 1084
Art. 589.....	1076
Art. 621, I.....	883, 885

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (LEI N. 9.503/1997)

Art. 165.....	842, 847, 848
Art. 277, § 2º.....	842, 847, 850

CÓDIGO PENAL

Art. 14.....	1074
Art. 16.....	986
Art. 20, § 1º.....	104
Art. 33, § 2º, “c”.....	961
Art. 44.....	961

Art. 44, § 2º.....	961
Art. 59.....	899, 905
Art. 61, II, “g”.....	1016, 1038
Art. 65, I.....	1038
Art. 71.....	95
Art. 107, IV.....	426
Art. 107, IX.....	1000
Art. 109, V.....	997
Art. 120.....	994
Art. 121.....	920, 1074
Art. 140.....	568
Art. 141, § 2º.....	568
Art. 157, § 3º.....	909
Art. 168, § 1º, II.....	997
Art. 217-A.....	1010, 1013
Art. 297.....	96
Art. 304.....	96
Art. 312.....	974, 985
Art. 317, § 1º.....	892
Art. 327.....	977, 1044
Art. 333.....	215
Art. 351, § 3º.....	885, 892

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

– Extinção do processo sem resolução do mérito – Irresignação. Mora do credor. Desnecessidade de comprovação imediata quando o demandante não opta por tentar previamente a consignação extrajudicial. Cassação da sentença imperativa. Recurso provido.....765

CONSTITUIÇÕES

ESTADUAL-1989

Art. 16.....	365
Art. 17.....	338, 350, 354
Art. 27, II.....	78
Art. 32.....	345
Art. 50.....	345, 370
Art. 50, § 2º, III e IV.....	345, 370
Art. 54, § 7º.....	345
Art. 62.....	345, 351, 338
Art. 71 inc. IV.....	345, 348
Art. 85.....	345
Art. 120.....	345
Art. 123, I.....	345
Art. 140.....	354, 359
Art. 141.....	354, 359
Art. 156.....	338, 351
Art. 180.....	354

FEDERAL-1988

Art. 2º.....	77, 348
Art. 5º.....	428
Art. 5º, X.....	428
Art. 5º, XXI e XXXVI.....	152, 154, 159, 175
Art. 8º, III.....	152
Art. 5º, LXXIV.....	561, 669, 1007
Art. 7º, XXVIII.....	851, 855
Art. 13.....	731

Art. 25.....	77, 81
Art. 30, V.....	839, 880
Art. 37, XIII.....	823, 832, 851
Art. 37, XI e XVI.....	876, 879
Art. 37, XXI.....	967
Art. 61, § 1º, II, “a”.....	76, 79, 82, 347, 372
Art. 61, § 1º.....	372
Art. 85, § 4º.....	335
Art. 102, III, “a”.....	139, 151
Art. 103, §3º.....	341
Art. 109.....	214
Art. 175.....	823
Art. 220.....	428
Art. 225.....	359
Art. 226, § 7º.....	1044
Art. 236.....	132, 144

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

– Peculato praticado por escrivã *ad hoc* – Apropriação de fianças de cinco autos de prisão em flagrante em proveito próprio. Restituição dos valores após recebimento da denúncia. Condenação. Adequação da pena. Recurso desprovido.....974

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

– Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei – Condenação. Materialidade e autoria devidamente comprovadas. Contratação de empresa de publicidade. Artistas que não foram contratados diretamente ou por meio de intermediário exclusivo. Interesse público violado. Prejuízo ao erário. Reprovabilidade da con-

duta que deveria ser apreciada na esfera da culpabilidade. Redução da pena de ofício. Recurso desprovido.....962

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

– Revisão Criminal – Promoção ou facilitação de fuga de pessoa presa. Crime praticado por quem detinha a custódia do recluso. Condenação. Fixação exacerbada da pena. Aumento devidamente motivado. Princípio da discricionariedade motivada do magistrado. Recurso desprovido.....883

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO

– Apropriação indébita – Negativa de restituição. Depositário judicial. Pretendido o perdão judicial e a absolvição. Inviabilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Réu que confessou a prática delitiva. Condenação. Recurso desprovido.....991

CRIME DE ESTERILIZAÇÃO CIRÚRGICA IRREGULAR

– Diretor de hospital – Atribuição de corresponsabilidade em virtude de realização de laqueadura tubária em paciente. Impossibilidade. Responsabilidade penal objetiva. Necessidade de realização de conduta com culpa ou dolo. Laudo pericial. Ausência. Materialidade. Inexistência. Absolvição. Recurso provido.....1040

CRIME DE POLUIÇÃO

– Sentença absolutória – Pleiteada a condenação dos apelados ante a suficiente comprovação da autoria e materialidade. Sustentada a prescindibilidade de perícia técnica acerca do dano ambiental.

Procedência. Condenação em pena privativa de liberdade e multa no mínimo legal. Substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos que se mostra suficiente. Prestação pecuniária. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.....949

DECISÃO MONOCRÁTICA DA 1ª VICE-PRESIDÊNCIA

– Pedido de suspensão de liminar – Concessionária de serviço público. Rodovia Federal. Liminar deferida em ação cominatória que determinou restabelecimento, por parte da concessionária, de acesso viário direto entre a rodovia BR-101 e o estabelecimento comercial de combustíveis ora requerido em dez dias úteis, sob pena de multa diária. Irresignação da concessionária. Lesão à segurança pública bem como o excepcional interesse social. Suspensão da eficácia da decisão de tutela antecipada até o trânsito em julgado da ação cominatória. Pedido deferido.....1093

DISCURSOS

– Discurso proferido pelo Desembargador Cláudio Barreto Dutra, por ocasião do término de sua gestão à frente da Presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....31

– Discurso proferido pelo Desembargador Nelson Schaefer Martins, por ocasião de sua posse no cargo de Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....33

– Discurso proferido pelo Desembargador José Carlos Carstens Köhler, em nome do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em saudação ao Desembargador empossado Domingos Paludo.....43

- Discurso de posse do Dr. Domingos Paludo no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....46

- Discurso proferido pelo Desembargador Luiz César Medeiros, em nome desta Corte, em saudação ao novo Desembargador Carlos Adilson Silva, empossado no Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....53

- Discurso de posse do Dr. Carlos Adilson Silva no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....57

- Discurso proferido pelo Desembargador Cid José Goulart Júnior, em nome desta Corte, em saudação ao novo Desembargador Ernani Guetten de Almeida, empossado no Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....63

- Discurso de posse do Dr. Ernani Guetten de Almeida no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....68

EMBARGOS INFRINGENTES

- *Vide* Recurso.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI N. 8.069/1990)

- Art. 129, III.....676
- Art. 244-”B”908, 921

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

– Eclesiástico – Abuso da credibilidade e da confiança. Culpabilidade acentuada. Aproveitamento da privacidade. Circunstâncias extravagantes. Graves distúrbios emocionais decorrentes do abuso moral. Consequências excepcionais. Afastamento de circunstância agravante e condenação a fato descrito. Readequação da pena. Recursos parcialmente providos.....1010

HABEAS CORPUS

– Operação fundo do poço – Formação de quadrilha. Fraude à licitação. Corrupção passiva. Prisão preventiva. Revogação. Recursos orçamentários de origem federal. Ausência de prova constituída. Competência da Justiça Federal não evidenciada. Revolvimento probatório. Impossibilidade. Necessidade de dilação probatória. *Habeas Corpus* não conhecido, liminar revogada.....213

HABEAS CORPUS

– Princípio da consunção – Alegação de que o crime falso constitui meio de execução para a consumação da infração de exercício ilegal da profissão. Não ocorrência. Impossibilidade de um tipo penal previsto no Código Penal ser absorvido por uma infração tipificada na Lei de Contravenções Penais. Ordem denegada.....93

HABEAS CORPUS

– Competência territorial da autoridade coatora e da polícia judiciária – Cumprimento de mandado de prisão temporária e de busca e apreensão fora do limite territorial da comarca. Inquérito

policial instaurado para apuração da prática de crime de tráfico de drogas. Exercício de atribuição, não de competência, pela polícia judiciária. Nulidade não evidenciada. Ordem denegada.....1062

HABEAS CORPUS

– Estelionato – Golpe do 5X1. Paciente participante de uma estruturada organização criminoso. Prisão preventiva. Concessão de fiança. Penas que, somadas, ultrapassam o limite de quatro anos. Inviabilidade. Ordem denegada.....1002

INDENIZATÓRIA

– Dano moral – Nota jornalística que estabelece ironia com o apelido de família do autor. Ofensa à honra e à imagem do postulante. Evidência inexistente. Ato ilícito não configurado. Improcedência. Recurso desprovido.....508

INDENIZATÓRIA

– Empresa – Cessão de quotas. Débitos. Demandas trabalhistas. Responsabilidade dos ex-sócios. Improcedência. Ajuste precedido de auditoria. Responsabilidade exclusiva dos novos integrantes. Recurso desprovido.....773

INQUÉRITO

– Imputação de crime de inexigência indevida de licitação – Serviços advocatícios. Rejeição da denúncia por falta de justa causa.....100

LATROCÍNIO E CORRUPÇÃO DE MENORES

– Materialidade e autoria devidamente comprovadas – Versão isolada do réu apelante, sem amparo probatório. Reconhecimento pessoal das testemunhas realizado na delegacia de polícia e em juízo. Condenação. Adequação da dosimetria da pena. Recursos parcialmente providos.....907

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

LEIS

N. 1.117/1990.....	76, 78
N. 6.218/1983 Art. 11.....	800
N. 6.218/1983 Art. 51.....	792
N. 6.218/1983 Art. 56.....	793
N. 12.069/2001 Art. 12.....	335, 336, 338
N. 12.069/2001 Art. 17.....	336
N. 16.024/2013.....	368
N. 16.025/2013.....	336

LEI COMPLEMENTAR

N. 587/2013 (Estadual).....	801
-----------------------------	-----

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS-LEIS

N. 3.688/1941 Art. 47.....	93
N. 1.060/1950.....	669

N. 1.060/1950	Art. 12.....	552, 584, 669
N. 4.717/1965	Art. 21.....	1109
N. 6.001/1973	Art. 56.....	1083

LEIS

N. 6.368/1976	<i>Vide</i> Leis Antitóxicos.	
N. 6.938/1981	Art. 3º.....	298, 307
N. 7.210/1984	<i>Vide</i> Lei de Execução Penal.	
N. 8.069/1990	<i>Vide</i> Estatuto da Criança e do Adolescente.	
N. 8.038/1990	Art. 4º.....	222
N. 8.078/1990	<i>Vide</i> Código de Defesa do Consumidor.	
N. 8.213/1991	Art. 29.....	267
N. 8.213/1991	Art. 32.....	267
N. 8.429/1992	Art. 10, VIII.....	1129
N. 8.437/1992	Art. 4º.....	1093
N. 8.666/1993	Art. 13.....	123, 1124
N. 8.666/1993	Art. 24.....	1107, 1126
N. 8.666/1993	Art. 25.....	1128
N. 8.666/1993	Art. 25, § 1º.....	111
N. 8.666/1993	Art. 48.....	114
N. 8.666/1993	Art. 89.....	102, 108, 116, 215, 962
N. 8.666/1993	Art. 90.....	215
N. 8.666/1993	Art. 95.....	215
N. 8.934/1994	Art. 8º.....	153, 174, 186, 195, 234, 248
N. 8.934/1994	Art. 33.....	234, 248, 253
N. 8.935/1994	Art. 2º.....	137
N. 8.987/1995	Art. 14.....	824

N. 8.987/1995	Art. 42, § 5º.....	833
N. 9.099/1995	Art. 61.....	883, 893
N. 9.099/1995	Art. 89.....	885, 894
N. 9.263/1996	Art. 15, 16 e 19.....	1040
N. 9.278/1996	Art. 5º.....	540
N. 9.279/1996	Art. 124.....	234, 248, 253
N. 9.279/1996	Art. 129.....	234, 253
N. 9.279/1996	Art. 168.....	234, 253
N. 9.279/1996	Art. 174, § 1º.....	234, 253
N. 9.279/1996	Art. 175.....	234, 253
N. 9.494/1997	Art. 2º A.....	182, 198
N. 9.503/1997	<i>Vide</i> Código de Trânsito Brasileiro.	
N. 9.514/1997.....		376
N. 9.605/1998	Art. 54.....	303, 306, 314, 949
N. 10.764/2003	<i>Vide</i> Estatuto da Criança e do Adolescente.	
N. 10.826/2003	Art. 14, caput.....	907, 1006
N. 11.343/2006	<i>Vide</i> Leis Antitóxicos.	
N. 11.466/2007.....		933, 937
N. 11.829/2008	<i>Vide</i> Estatuto da Criança e do Adolescente.	
N. 11.947/2009	Arts. 12 e 17.....	375
N. 11.960/2009	Art. 5º.....	874
N. 12.016/2009	Art. 14, § 1º.....	879
N. 12.112/2009.....		550, 552, 793
N. 12.318/2010	Art. 2º.....	672
N. 12.424/2011.....		595
N. 12.850/2013.....		215, 1002, 1008
N. 12.850/2013	Art. 2º, §4º, IV.....	215

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

LEI COMPLEMENTAR

N. 26/2010 (São Francisco do Sul).....354

LEIS ANTITÓXICOS

N. 11.343/2006 Art. 28.....1065

N. 11.343/2006 Art. 33, caput.....1063

N. 11.343/2006 Art. 35.....1063

LEI DE EXECUÇÃO PENAL

N. 7.210/1984 Art. 50, VII.....940

N. 7.210/1984 Art. 118, I940

N. 7.210/1984 Art. 127.....946

MANDADO DE SEGURANÇA

– Concurso público da polícia militar – Fase de investigação social. Candidato eliminado. Certidão positiva de protestos. Fatos que não desabonam a conduta social do candidato. Ordem concedida.....797

RECURSO

– Agravo de instrumento – Ação cautelar inominada antecedente de anulação de ato jurídico. Imóvel objeto de alienação fiduciária em garantia de cédula de crédito bancário. Dívida não quitada. Transferência do domínio resolúvel. Consolidação da propriedade em mãos do credor. Recurso provido.....376

RECURSO

– Agravo regimental no recurso especial – Crime ambiental. Poluição mediante lançamento de dejetos provenientes de suinocultura diretamente no solo, em desconformidade com as leis ambientais. Crime formal. Potencialidade de causar danos à saúde humana evidenciada. Crime configurado. Agravo regimental provido. Recurso especial improvido.....303

RECURSO

– Agravo em mandado de segurança – Policial militar. Exclusão dos quadros da instituição. Decisão transitada em julgado. Ordem parcialmente concedida para anular o ato e determinar apreciação do seu mérito. Recurso provido.....786

RECURSO

– Agravo de instrumento – Ampliação do direito de visitas do pai. Alegação de síndrome de alienação parental perpetrada pela mãe da menor, até mesmo com acusação infundada de abuso sexual por parte do agravante. Recorrida justifica preocupação com o direito de visita do genitor pela sua dependência de substâncias entorpecentes. Direito de visitação a ser exercido da forma originalmente acordada entre as partes, sob supervisão da avó paterna. Recurso parcialmente provido.....667

RECURSO

– Agravo de instrumento – Decisão que denegou antecipação de tutela para viagem de infante ao exterior, acompanhado de genitora. Inexistência de justificativa do genitor para negativa de autorização de viagem. Decisão inicial que concedeu efeito suspensivo ativo ao recurso, para suprimir consentimento paterno. Viagem realizada. Decisão reformada. Recurso provido.....678

RECURSO

– Embargos infringentes opostos por ambas as partes – Declaratória de nulidade de protesto. Contrato de câmbio. Improcedência. Apelação provida por maioria. Recurso da autora. Pretensão da prevalência do voto do revisor, que dava provimento. Descabimento. Não conhecimento ao seu pedido. Apelação da ré pela fixação de condenação no montante arbitrado pelo voto vencedor. Recurso desprovido.....684

RECURSO

– Embargos infringentes – Indenização por danos morais decorrentes de alegada injúria, ajuizada por padre, contra emissora de rádio e vereador. Entrevista concedida ao vivo. Decisão colegiada, por maioria, pelo provimento da apelação e improcedência do pedido inicial. Extinção da punibilidade do querelado na instância criminal. Militância política. Atuação que atrai, submissão ao direito de crítica. Pressupostos da responsabilidade civil indenizatória não tipificados. Recurso desprovido.....401

RECURSO

– Agravo de instrumento – Execução por quantia certa. Decisão pela desconsideração da personalidade jurídica. Encerramento irregular. Desvio de finalidade da empresa evidenciado. Confusão patrimonial causada pela falta de liquidação dos bens. Descumprimento do princípio da boa-fé. Recurso desprovido.....446

RECURSO

– Agravo de instrumento – Deferimento da liminar para decretar a indisponibilidade das quotas sociais de empresas adquiridas e determinar a exibição de seus livros contábeis. Laboratórios de análises clínicas. Inadimplemento das obrigações pactuadas no contrato de cessão de quotas. Impossibilidade de exibição dos livros contábeis, por não serem comuns às partes. Decisão reformada. Recurso provido.....777

RECURSO

– Recurso de agravo – Decisão que não reconheceu como falta grave o fato de o apenado ter sido flagrado na posse de um chip de celular no interior da penitenciária. Prática de falta grave demonstrada. Agravado que cumpre pena em regime fechado. Prejudicada a regressão do regime prisional. Sanção de perda de 1/3 dos dias remidos, bem como de fixação de nova data-base para a concessão de eventuais benefícios. Recurso provido.....933

RECURSO ESPECIAL

– Propriedade industrial – Nome comercial. Marcas mistas. Princípios da territorialidade e especificidade/especialidade. Convenção da União de Paris - Cup. Recurso provido.....230

RECURSO ESPECIAL

– Regime geral da previdência social – Aposentadoria por tempo de serviço. Proventos proporcionais. Critério da renda mensal inicial. Atividades concomitantes. Atividade principal. Melhor proveito econômico. Valor do trabalho e da livre iniciativa. Inaplicabilidade ao caso. Dissídio jurisprudencial. Falta de similitude fática. Recurso conhecido em parte e nessa parte desprovido.....267

RECURSO ESPECIAL

– Ação civil pública – Alegados danos ambientais decorrentes do funcionamento dos chamados “postos de praia” na praia de Jurerê Internacional, em Florianópolis, que seriam causados, por mão própria, pelas empresas locatárias dos estabelecimentos. Caracterização de litisconsórcio necessário. Recurso conhecido em parte e nessa parte provido.....282

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

– Ato de Presidente de Tribunal de Justiça – Afastamento de serventia extrajudicial. Ingresso após a Constituição Federal de 1988. Necessidade de concurso público. Afastamento que prescinde de prévio procedimento administrativo. Recurso desprovido.....131

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

– Representação – Associados. Alcance. Título executivo judicial. Associação. Beneficiários. Definição pela representação no processo de conhecimento. Necessária a autorização expressa dos associados ou procuração individual destes juntada à inicial do processo. Recurso parcialmente provido.....149

REGIMENTO INTERNO DO TJSC

Art. 137.....684, 698

REPARAÇÃO DE DANOS

– Direito do consumidor – Substituição de produto defeituoso. Resistência injustificada. Necessidade de repetição de diligências motivada pela recusa à troca do produto. Ferimento à dignidade do consumidor. Dano moral caracterizado. Recurso provido.....477

RESOLUÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO

N. 206/2006.....847

RESPONSABILIDADE CIVIL

– Acidente de trânsito – Veículo cedido a consumidor para realização de “test drive”. Conductor que colide contra ônibus. Danos materiais de elevada monta no veículo em teste. Inexistência de termo de responsabilidade para eventual sinistro. Teoria do risco, que deve ser suportado pela revendedora. Recurso desprovido.....497

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL

– Filhos que pretendem inclusão do patronímico materno após o paterno e alteração registral para retificação do nome materno nos seus registros de nascimento – Genitora que após divórcio passou a utilizar o nome de solteira. Adequação do registro civil de nascimento à situação real e atual. Possibilidade. Recurso provido.....383

SENTENÇA

– Ação de improbidade administrativa – Contratação irregular de escritório de advocacia sem licitação para defesas em reclamações trabalhistas. Ressarcimento dos danos causados à Casan. Condenação.....1118

SENTENÇA

– Ação ordinária – Concessionária de transporte coletivo municipal. Ônibus incendiados, presumivelmente por elementos da facção criminosa PGC, numa série de vandalismos realizada pelo Estado. Facção descontente com fatos ocorridos no sistema prisional do Estado de Santa Catarina. Responsabilização do Estado pelos atos criminosos. Pedido formulado pelo autor rejeitado.....1137

SENTENÇA

– Ação popular – Pleito que pretende anulação do contrato celebrado sem prévia licitação entre a Celesc e a Fesag. Projeto para a implantação de sistema de suprimentos, denominado Supri. Restituição de todos os valores desembolsados com a indevida contratação. Condenação dos réus, com exceção da Celesc, ao ressarcimento.....1103

SÚMULAS/STF

N. 282.....	96, 152, 971
N. 356.....	96, 971
N. 711.....	1002, 1008

SÚMULAS/STJ

N. 54.....	405, 422, 495, 763
N. 208.....	216
N. 306.....	549, 611
N. 312.....	849
N. 359.....	550
N. 362.....	405, 495, 763
N. 387.....	644
N. 465.....	602

SÚMULAS/TCU

N. 39.....	112
------------	-----

TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO

– Pronúncia – Aculturamento de indígena. Comprovação por perícia. Materialidade do delito comprovada por meio de laudo pericial. Negativa de autoria. Indícios incriminadores suficientes extraídos do conjunto probatório. Recurso desprovido.....1071

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Carlos Adilson Silva.....	57, 851
Cid Goulart.....	63
Cláudio Barreto Dutra.....	31
Dias Toffoli.....	76, 93
Domingos Paludo.....	46
Eduardo Mattos Gallo Júnior.....	388, 678
Eládio Torret Rocha.....	587
Ernani Guetten de Almeida.....	68, 991
Fernando Carioni.....	550
Getúlio Corrêa.....	949
Gilberto Gomes de Oliveira.....	525
Henry Petry Junior.....	657
Janice Goulart Garcia Ubialli.....	700
Jânio Machado.....	777
João Henrique Blasi.....	842
Jorge Luis Costa Beber.....	624
Jorge Luiz de Borba.....	368
Jorge Schaefer Martins.....	1040, 1071
José Carlos Carstens Köhler.....	43, 747, 765
José Inácio Schaefer.....	773
Leopoldo Augusto Brüggemann.....	883
Luis Felipe Salomão.....	230
Luiz Antônio Zanini Fornerolli.....	1103, 1144
Luiz César Medeiros.....	53
Luiz Cesar Schweitzer.....	376
Luiz Fernando Boller.....	401, 607
Marco Aurélio.....	131
Marco Aurélio Bellizze.....	303
Marcus Túlio Sartorato.....	561, 573
Marli Mosimann Vargas.....	933
Mauro Campbell Marques.....	267

Moacyr de Moraes Lima Filho.....	354, 1002
Nelson Juliano Schaefer Martins.....	33
Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.....	809
Paulo Roberto Sartorato.....	907
Raulino Jacó Brüning.....	446, 462
Regina Helena Costa.....	213
Ricardo Roesler.....	786, 876
Roberto Barroso.....	100
Roberto Lucas Pacheco.....	1012
Robson Luz Varella.....	708
Rodrigo Collaço.....	1062
Ronei Danielli.....	667
Rubens Schulz.....	383
Salim Schead dos Santos.....	335, 684
Sebastião César Evangelista.....	477
Sérgio Roberto Baasch Luz.....	797, 815
Sérgio Izidoro Heil.....	646
Sérgio Kukina.....	282
Torres Marques.....	1093
Trindade dos Santos.....	497, 508
Tulio Pinheiro.....	739
Victor Ferreira.....	602
Volnei Celso Tomazini.....	962, 974

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Diretoria de Documentação e Informações

Divisão de Documentação

Adelson André Brüggemann

Seção de Revisão

Lília Lacerda da Silva

Índices Numérico, Legislativo e por Assunto

José Leopoldo Abatti

Projeto Gráfico, Editoração Eletrônica, Impressão e

Acabamento

Divisão de Artes Gráficas - DIE

