

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE



PODER JUDICIÁRIO
de Santa Catarina

129

ISSN 1981-402X

**JURISPRUDÊNCIA
CATARINENSE**

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

Ano XLI — 3º e 4º trimestres de 2014 — N. 129 — Florianópolis — SC — 2015

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Publicação semestral do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, composta de trabalhos selecionados pela Comissão Permanente de Jurisprudência, sob responsabilidade gerencial da 1º Vice-Presidência, com circulação nacional. Os colaboradores da revista Jurisprudência Catarinense, conforme dispositivo constitucional, gozam de liberdade de opinião e de crítica, e somente a eles pode ser atribuída qualquer responsabilidade civil ou criminal pelo raciocínio expandido em seus trabalhos. Todos os atos do Poder Judiciário 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. Torres Marques – 1º Vice-Presidente

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

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

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

21cm.

Semestral.

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

ISSN: 1981-402X.

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

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

SUMÁRIO

9	COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
23	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
87	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
131	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
133	Primeira Vice-Presidência
137	Órgão Especial
168	Câmara Civil Especial
193	Câmara Especial Regional de Chapecó
223	Grupo de Câmaras de Direito Civil
282	Primeira Câmara de Direito Civil
301	Segunda Câmara de Direito Civil
347	Terceira Câmara de Direito Civil
366	Quarta Câmara de Direito Civil
403	Quinta Câmara de Direito Civil
436	Sexta Câmara de Direito Civil
454	Grupo de Câmaras de Direito Comercial
492	Primeira Câmara de Direito Comercial
497	Segunda Câmara de Direito Comercial
536	Terceira Câmara de Direito Comercial
544	Quarta Câmara de Direito Comercial
566	Quinta Câmara de Direito Comercial

604	Grupo de Câmaras de Direito Público
641	Primeira Câmara de Direito Público
655	Segunda Câmara de Direito Público
663	Terceira Câmara de Direito Público
683	Quarta Câmara de Direito Público
694	Seção Criminal
740	Primeira Câmara Criminal
799	Segunda Câmara Criminal
815	Terceira Câmara Criminal
867	Quarta Câmara Criminal
939	Primeiro Grau
1087	DISCURSOS
1109	RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA
1131	ÍNDICE NUMÉRICO
1137	ÍNDICE POR ASSUNTO
1181	ÍNDICE ONOMÁSTICO

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Dezembro 2014)

Presidente

Desembargador NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador José Antônio TORRES MARQUES

Segundo Vice-Presidente

Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ

Terceiro Vice-Presidente

Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN

Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES

Desembargador José GASPAR RUBICK
Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Desembargador José TRINDADE DOS SANTOS
Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Desembargador NEWTON TRISOTTO
Desembargador VANDERLEI ROMER
Desembargador ELÁDIO TORRET ROCHA
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES
Desembargador MARCUS TÚLIO SARTORATO
Desembargador CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador CID José GOULART Júnior
Desembargador JAIME RAMOS
Desembargador ALEXANDRE d'IVANENKO
Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desembargadora MARLI MOSIMANN VARGAS
Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL
Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER
Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI
Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Desembargadora REJANE ANDERSEN
Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Desembargador RODRIGO Antônio da CUNHA
Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO
Desembargadora SORAYA NUNES LINS
Desembargador HENRY Goy PETRY JÚNIOR
Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING
Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO
Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Desembargador JOSÉ INÁCIO SCHAEFER

Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Desembargador RONEI DANIELLI
Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO
Desembargador TÚLIO José Moura PINHEIRO
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador RICARDO José ROESLER
Desembargador ROBSON LUZ VARELLA
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO
Desembargadora DENISE VOLPATO
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desembargador DOMINGOS PALUDO
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA
Desembargador 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

Desembargador NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS - Presidente
Desembargador José GASPAR RUBICK
Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Desembargador José TRINDADE DOS SANTOS
Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Desembargador NEWTON TRISOTTO
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Desembargador VANDERLEI ROMER
Desembargador ELÁDIO TORRET ROCHA
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador José Antônio TORRES MARQUES
Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES
Desembargador MARCUS TÚLIO SARTORATO
Desembargador CÉSAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador CID José GOULART Júnior

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

Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA
Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO

ÓRGÃO ESPECIAL

Desembargador NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS - Presidente
Desembargador José GASPAR RUBICK
Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Desembargador José TRINDADE DOS SANTOS
Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Desembargador VANDERLEI ROMER
Desembargador ELÁDIO TORRET ROCHA
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador José Antônio TORRES MARQUES
Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES (Substituindo o Des. NEWTON TRISOTTO, conv. STJ)
Desembargador MARCUS TÚLIO SARTORATO
Desembargador CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador ALEXANDRE d'IVANENKO
Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO
Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ
Desembargador RONEI DANIELLI

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ – CERC

Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA – Presidente
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ CESAR 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

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

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

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Desembargador José TRINDADE DOS SANTOS – Presidente
Desembargador ELÁDIO TORRET ROCHA
Desembargador Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador MARCUS TÚLIO SARTORATO
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador ALEXANDRE d'IVANENKO
Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL
Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR
Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING
Desembargador JAIRO FERNANDO GONÇALVES
Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Desembargador RONEI DANIELLI
Desembargadora DENISE VOLPATO
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desembargador DOMINGOS PALUDO
Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING – Presidente
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desembargador DOMINGOS PALUDO
Juiz de Direito de Segundo Grau GERSON CHEREM II (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador José TRINDADE DOS SANTOS – Presidente
Desembargador Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Juiz de Direito de Segundo Grau GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador FERNANDO CARIONI – Presidente
Desembargador MARCUS TÚLIO SARTORATO
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador ELÁDIO TORRET ROCHA – Presidente
Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO
Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER (Cooperador)

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL – Presidente
Desembargador HENRY Goy PETRY JÚNIOR
Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Juiz de Direito de Segundo Grau ODSON CARDOSO FILHO (Cooperador)

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador ALEXANDRE d'IVANENKO – Presidente

Desembargador RONEI DANIELLI

Desembargadora DENISE VOLPATO

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

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador José GASPAS RUBICK – Presidente

Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE

Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER

Desembargadora REJANE ANDERSEN

Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO

Desembargadora SORAYA NUNES LINS

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER

Desembargador TÚLIO José Moura PINHEIRO

Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

Desembargador ROBSON Luz VARELLA

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 (substituindo cargo vago)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS – Presidente

Desembargador José GASPAS RUBICK

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

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargadora REJANE ANDERSEN – Presidente

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER

Desembargador ROBSON Luz VARELLA

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador TÚLIO José Moura PINHEIRO – Presidente

Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

Juíza de Direito de Segundo Grau ROSANE PORTELLA WOLFF

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE – Presidente

Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER

Desembargador JOSÉ INÁCIO SCHAEFER

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

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente

Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO

Desembargadora SORAYA NUNES LINS

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

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador PEDRO MANOEL ABREU – Presidente e.e.

Desembargador VANDERLEI ROMER

Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Desembargador CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Desembargador CID José GOULART Junior

Desembargador JAIME RAMOS

Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI

Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Desembargador RODRIGO Antônio da CUNHA
Desembargador RICARDO José ROESLER
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO RICARDO BRUSCHI (Substituindo o Des.
NEWTON TRISOTTO, conv. STJ)
Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL (Cooperador)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA – Presidente
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO RICARDO BRUSCHI (Substituindo o Des.
NEWTON TRISOTTO, conv. STJ)
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
(Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI – Presidente
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador CID José GOULART Júnior
Juiz de Direito de Segundo Grau FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA
NETO (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU– Presidente
Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Desembargador VANDERLEI ROMER
Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador JAIME RAMOS – Presidente
Desembargador RICARDO José ROESLER

Desembargador RODRIGO Antônio da CUNHA
Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL (Cooperador)

SEÇÃO CRIMINAL

Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES – Presidente
Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Desembargadora MARLI MOSIMANN VARGAS
Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO
Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA (Cooperador)
Juiz de Direito de Segundo Grau LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN (Cooperador)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desembargadora MARLI MOSIMANN VARGAS – Presidente
Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA – Presidente
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Juiz de Direito de Segundo Grau VOLNEI CELSO TOMAZINI (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES – Presidente

Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA

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

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS – Presidente

Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO

Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO

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

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

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Desembargador NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS – Presidente

Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS – Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador José Antônio TORRES MARQUES – 1º Vice-Presidente

Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES – Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE

Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA

Desembargadora REJANE ANDERSEN

Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN – 3º Vice-Presidente

Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ – 2ª Vice-Presidente

Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING

Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES

Desembargadora DENISE VOLPATO

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juiz MARCELO PIZOLATI

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

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

JULIE CECCONI MAZON

DIRETORIA-GERAL ADMINISTRATIVA

CLEVERSON OLIVEIRA

DIRETORIA-GERAL JUDICIÁRIA

RONEI VILMAR BARON

SUPREMO TRIBUNAL

FEDERAL

Habeas Corpus n. 123.633, de Santa Catarina

Relator: Min. Gilmar Mendes

Paciente: Guilherme Martins de Almeida

Impetrante: Marcelo Gonzaga

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. 2. Cerceamento de defesa. Nova intimação para julgamento de recurso de apelação levado à sessão imediata. Desnecessidade. (Precedentes) 3. Ausência de comparecimento da defesa na data inicialmente prevista. Inferência do desinteresse em sustentar oralmente. 4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Teori Zavascki, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de setembro de 2014.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Marcelo Gonzaga, em favor de Guilherme Martins de Almeida, contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC 284.996/SC.

Na espécie, o paciente foi preso em flagrante e denunciado pela prática, em tese, dos delitos de furto duplamente qualificado (pelo emprego de chave falsa e pelo concurso de agentes) e tráfico ilícito de entorpecentes (arts. 155, § 4º, incisos III e IV, do CP e 33, *caput*, da Lei 11.343/2006).

Após regular instrução, em 4 de novembro de 2010, o Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca da Capital/SC absolveu o acusado da imputação relativa ao crime de furto, com base no art. 386, inciso VII, do CPP (ausência de prova suficiente para condenação). E, ainda, acolhendo a tese defensiva de desclassificação, condenou Guilherme pelo crime de uso de entorpecentes (art. 28, *caput*, da Lei 11.343/2006) à pena de 5 meses de prestação de serviços à comunidade, facultando-lhe, ainda, o recurso em liberdade.

O Ministério Público estadual, então, interpôs apelação no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJ/SC). A defesa ofereceu contrarrazões, e informou-se, via Diário Oficial, o julgamento do recurso no dia 24 de abril de 2012.

Quando do efetivo julgamento, ocorrido em 30.4.2012, a Segunda Câmara Criminal do TJ/SC, por unanimidade, deu provimento ao recurso ministerial para julgar procedente a denúncia e, em consequência, condenar o réu Guilherme Martins de Almeida pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006), fixando-se, ao final, a sua pena em 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 416 dias-multa, no mínimo legal.

Por tratar-se de sentença definitiva, foi expedido o mandado de prisão em 15.1.2013 (eDOC 3, p. 66). Daí, a impetração de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, em que a defesa alegou, em essência, a ofensa ao devido processo legal e o cerceamento do direito de defesa em razão da ausência de nova intimação para julgamento adiado.

Eis a ementa desse julgado (eDOC 7, p. 113):

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. APELAÇÃO. SESSÃO DE JULGAMENTO. ADIAMENTO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE NOVA INTIMAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não têm mais admitido a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. Comprovada a regular intimação da defesa para a sessão de julgamento da apelação, eventual adiamento cujo intervalo corresponda a apenas uma sessão não enseja obrigatoriedade de nova intimação. Precedentes.

• *Habeas corpus* não conhecido.”

Neste *writ*, a defesa reitera tese do cerceamento de defesa diante da ausência de intimação para sessão de julgamento.

Requer:

“a concessão da ordem de Habeas Corpus, em Liminar e depois no Mérito para que seja anulado o Acórdão em Apelação Criminal n. 2012.000658-0, desconstituindo o trânsito em julgado (com a Expedição de Alvará de Soltura e comunicação nos autos de Execução Penal n. 0003029-12.2013.8.24.0082 da Comarca de Laguna/SC), determinando o Supremo Tribunal Federal novo julgamento no Tribunal de Santa Catarina (...).”

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Conforme relatado, o paciente foi condenado à pena de reclusão de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses, e ao pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006). A decisão transitou em julgado.

A defesa alega, em essência, ofensa ao devido processo legal e o cerceamento do direito de defesa em razão da ausência de nova intimação para julgamento da apelação, ocorrido na sessão imediata àquela prevista.

No julgamento do HC 284.996/SC, o STJ assim se manifestou:

“O impetrante argumenta que o advogado constituído pelo ora paciente não foi intimado acerca do adiamento da sessão de julgamento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, razão pela qual pretende a declaração de nulidade do aludido julgamento.

Vê-se dos autos que foi publicado no Diário de Justiça eletrônico de Santa Catarina, edição n. 1.371, o Edital n. 32/012, informando que a Apelação n. 2012.0658-0 seria julgada no dia 24/4/2012. O recurso, contudo, não foi julgado no dia originariamente marcado, mas na sessão extraordinária realizada no dia 30/4/2012 (fls. 47/48).

Com efeito, o causídico foi devidamente intimado da sessão que seria realizada no dia 24/4/2012. E o fato de o julgamento do recurso de apelação não ter sido realizado na sessão ordinária daquele dia, mas na sessão subsequente, em 30/4/2012, não retira a validade da intimação regularmente realizada.

O interregno de seis dias entre a data acerca da qual o advogado foi intimado e a sessão do efetivo julgamento do recurso não é suficiente para ensejar o reconhecimento de eventual cerceamento do direito de defesa, como pretende o impetrante, sobretudo porque não ficou demonstrado que o adiamento dificultou o acompanhamento do feito pela defesa.

Importa lembrar que a Sexta Turma desta Corte Superior julgou caso semelhante (HC n. 210.536/SP, DJe 11/10/2012). Naquela oportunidade, a Relatora, Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), asseverou que:

(..) não se mostra razoável que os Tribunais Estaduais sejam obrigados a realizar nova intimação pessoal para comunicar o adiamento da prestação jurisdicional todas as vezes em que faltar tempo hábil para o julgamento dos processos colocados em pauta ou levados à mesa para deliberação em determinada sessão. O tempo necessário para a realização de tal ato de comunicação é muitas vezes superior ao intervalo entre as reuniões do órgão colegiado.

Efetuada a intimação pessoal do órgão incumbido da defesa do acusado, cabe àquele que tem esta prerrogativa acompanhar o processo para o exemplar exercício do seu múnus público, sob pena de ofensa aos princípios da celeridade e economia processuais. (...)

No mesmo sentido (...). Logo, não há falar em nulidade. Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*”.

Conforme consigna o próprio impetrante em sua peça inaugural, a defesa foi intimada para data provável de julgamento de seu recurso de apelação. Afirma, também, não ter comparecido naquela data ao Tribunal de Justiça, razão pela qual não soube do adiamento do julgamento, que viria a ocorrer na sessão seguinte (eDOC 1, p. 3).

Não há falar em cerceamento de defesa.

Os autos evidenciam que o advogado do paciente foi devidamente intimado da sessão do julgamento do recurso de apelação por meio de publicação na Imprensa Oficial ocorrida em 16.4.2012, conforme documento de fl. 1.044 (e-STJ).

No tocante ao adiamento para a sessão seguinte, a jurisprudência desta Corte Suprema, quer em feitos criminais, quer em feitos cíveis, já se firmara no sentido de que:

“incluído que seja o processo na pauta dos julgamentos a serem feitos pelo Tribunal em certo dia, e intimadas as partes e seus advogados para que tenham ciência desse ato do procedimento, pode o Tribunal julgar o caso noutra sessão, independente de se intimar de novo as partes e seus procuradores” (entendimento destacado no julgamento do RE 76.672, Primeira Turma, Relator Ministro Antonio Neder, sessão de 17 de março de 1981).

E os julgados seguintes consolidaram o mesmo entendimento, ou seja, não há necessidade de nova intimação da defesa caso o julgamento venha a ocorrer em data próxima. E isso é válido, inclusive, para aqueles que detêm a prerrogativa da intimação pessoal (v.g.: HC 113.297/SP, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 21.8.2012; RHC 84.084/SP, rel. min. Joaquim Barbosa, Primeira Turma, DJ 28.5.2004; HC 101.486/ES, rel. min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 1º.4.2014; HC 84.781/GO, rel. min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe 24.4.2009; e HC 83.675/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, DJ 27.2.2004).

Ainda, transcrevo a ementa do HC 84.781/GO, de relatoria do ministro Ayres Britto:

“PROCESSO PENAL. DEVIDO PROCESSO LEGAL. AMPLA DEFESA. PUBLICAÇÃO DA PAUTA DE JULGAMENTO. ADIAMENTO DO JULGAMENTO POR UMA SESSÃO. DESNECESSIDADE DE PUBLICAÇÃO DE NOVA PAUTA. ORDEM INDEFERIDA.

1. Não há que se falar em ausência de intimação naquelas hipóteses em que, após a publicação da pauta, o processo vem a ser apreciado na sessão seguinte à inicialmente designada. É que o recurso de apelação manejado pela defesa não foi retirado de pauta. Ao contrário disso, o apelatório foi julgado, como era de se esperar, na sessão imediatamente subsequente. Precedentes.

2. Ordem indeferida”. (HC 84.781/GO, rel. min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe 24.4.2009; grifo nosso).

No mesmo sentido, a Procuradoria-Geral da República considerou:

“essa Corte tem entendimento no sentido de que não é necessária nova intimação quando o processo vem a ser julgado na sessão seguinte àquela inicialmente designada, cabendo ao defensor, após a primeira intimação, acompanhar o trâmite, ainda que não possa comparecer à primeira sessão”.

Efetuada, portanto, a intimação do defensor, este tem o dever de acompanhar os termos ulteriores do processo para exemplar exercício do seu múnus, ônus que não pode ser repassado ao Poder Judiciário.

Ademais, do não comparecimento da defesa na data inicialmente prevista, infere-se ausência de interesse em expor suas razões em sustentação oral, a fazer incidir, na espécie, o princípio do *“nemo potest venire contra factum proprium”*.

Ante o exposto, voto no sentido de denegar a ordem.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A pretensão ora em exame **não tem** o beneplácito da jurisprudência **de ambas** as

Turmas do Supremo Tribunal Federal, **cuja orientação, na matéria em análise, legitima** o acórdão **emanado** do E. Superior Tribunal de Justiça, **objeto** da presente impetração.

Desse modo, acompanho o eminente Relator.

É o meu voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

Habeas Corpus n. 123.633

Procedência: Santa Catarina

Relator: Min. Gilmar Mendes

Paciente: Guilherme Martins de Almeida

Impetrante: Marcelo Gonzaga

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Decisão: A Turma, por votação unânime, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, o Dr. Marcelo Gonzaga. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. **2ª Turma**, 16.09.2014.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Ravena Siqueira
Secretária

Recurso Ordinário em Habeas Corpus 122.600, de Santa Catarina

Relator: Min. Luiz Fux

Recte.(S): Aline Steiner Wensing

Adv.(A/S): Alex Sandro Sommariva e Outro(A/S)

Recte.(S): Vanio Marcelo Nazario

Adv.(A/S): Alex Sandro Sommariva e Outro(A/S)

Recdo.(A/S): Ministério Público Federal

Proc.(A/S)(Es): Procurador-Geral da República

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RHC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO E ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTOS DESTINADOS A FINS TERAPÊUTICOS. CONDENAÇÃO. HC NO TRIBUNAL LOCAL. PEDIDO DE ADIAMENTO DA SESSÃO DE JULGAMENTO ATENDIDO. SEGUNDA PRETENSÃO DE ADIAMENTO INDEFERIDA. PEDIDO PROTOCOLADO MINUTOS ANTES DA REALIZAÇÃO DO ATO PROCESSUAL. EXIGUIDADE DO TEMPO PARA ANÁLISE. INDEFERIMENTO. JULGAMENTO REALIZADO. CERCEIO À AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. PRISÃO CAUTELAR. RÉUS PRIMÁRIOS E DE BOM CONCEITO NO LOCAL DO DISTRITO DA CULPA. DESNECESSIDADE DA CONSTRIÇÃO CAUTELAR. RHC INTERPOSTO DE ACÓRDÃO PROFERIDO EM RHC. NÃO CONHECIMENTO: CABIMENTO, EM TESE, DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RAZÕES RECURSAIS EXAMINADAS APENAS NO AFÃ DE VERIFICAR A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO EX OFFICIO DE HABEAS CORPUS, À LUZ DO § 2º DO ART. 654 DO CPP.

1. A nulidade por cerceio à ampla defesa inocorre com o indeferimento do segundo pedido de adiamento da sessão em que seria julgado *habeas corpus*, notadamente em se tratando de petição apresentada minutos antes da realização do ato judicial; portanto, em prazo exíguo para a análise dos motivos da pretendida postergação (HC nº 107.045/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ de 3/12/2013 e HC n. 97.267/SP, DJ de 11/3/2014, Rel. Min. Cármen Lúcia).

2. *In casu*, conforme informação obtida no site do Tribunal local, os recorrentes eram representados por nada menos do que 7 (sete) advogados e, evidentemente, qualquer deles poderia comparecer ao ato para fazer a sustentação oral; circunstância que, aliada ao exíguo tempo para a análise do novo pedido de adiamento, autoriza a conclusão de que inexistente a alegada nulidade por cerceio do direito de defesa.

3. A prisão preventiva, reavaliada quando da prolação da sentença condenatória, à luz do art. 387, § 1º, do CPP, mostra-se desnecessária em se tratando de réus primários e de bom conceito no meio em que vivem, não sendo razoável inferir que a liberdade de ambos significará risco à ordem pública.

4. *In casu*, os recorrentes foram condenados pelos crimes de tráfico de drogas, associação para o tráfico, falsificação, corrupção e adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos, sendo imposta a Aline Steiner Wensing a pena de 17 (dezesete) anos e 7 (sete) meses de reclusão, e a Vânio Marcelo Nazário a pena de 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, vedado o direito de recorrer em liberdade, com base no art. 387, § 1º, do Código Penal, tendo-se em conta, reiteradamente, a inalterabilidade da base empírica que sustentou a prisão cautelar anteriormente decretada.

5. O recurso cabível, em tese, de acórdão proferido em recurso ordinário em *habeas corpus* é o extraordinário, e não novo RHC, o que não impede a análise das razões recursais no afã de verificar a possibilidade da concessão de *habeas corpus* de ofício, à luz do art. 654, § 2º do Código de Processo Penal.

6. Recurso ordinário em *habeas corpus* extinto, por ser substitutivo de recurso extraordinário; ordem de *habeas corpus* concedida *ex officio* para determinar que os pacientes recorram em liberdade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar extinto o processo, sem apreciação do recurso ordinário em *habeas corpus*, mas

em implementar a ordem, de ofício, quanto à custódia provisória, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 30 de setembro de 2014.

Ministro Luiz Fux, Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto de acórdão do Superior Tribunal de Justiça cuja ementa possui o seguinte teor:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ARTS. 33 DA LEI N. 11.343/2006 E 273, §§1º E 1º-B, I, DO CP. NULIDADE. PEDIDO PARA ADIAMENTO DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO WRIT ORIGINÁRIO INDEFERIDO. NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDO REITERADO, FORMULADO FORA DE TEMPO HÁBIL. ART. 565 DO CPP. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

Para que haja o adiamento da sessão de julgamento, é necessário que o pedido seja realizado em tempo hábil para sua apreciação e que haja efetiva demonstração da plausibilidade dos motivos que ensejaram o pedido (REsp. n. 758.756/PB, Quinta Turma, Ministro Felix Fischer, DJ 20/3/2006).

No caso dos autos, o requerimento foi enviado por fax ao gabinete da Relatora do *writ* no dia do julgamento, poucos minutos antes do início da sessão, isto é, em tempo inegavelmente exíguo. Outrossim, o argumento de que o causídico participara de audiência de instrução no dia anterior e de que participaria de outra no dia seguinte, ambas em comarcas distintas da capital, não prosperam, porque as audiências de instrução e julgamento são marcadas pelos Juízos de primeiro grau com necessária antecedência. Sendo assim, o

aludido advogado sabia, ou teria como saber, de antemão, dos compromissos que possuía, de modo que, caso pretendesse realizar sustentação oral, dispunha de condições suficientes para diligenciar no sentido de requerer o adiamento do feito, ou adotar outra providência que entendesse adequada.

Dado o mandamento legal de o Juiz fundamentar a decretação ou manutenção da custódia na sentença condenatória (art. 387, parágrafo único, do CPP), deve ele demonstrar, nessa fase, indicando elementos concretos dos autos, a existência de pelo menos um dos pressupostos da prisão preventiva previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Na hipótese, a prisão cautelar foi mantida para a garantia da ordem pública. Para tanto, as instâncias ordinárias, de modo exaustivo, fizeram referência à gravidade concreta dos delitos, à periculosidade dos recorrentes e à grande quantidade de medicamentos de uso restrito apreendidos em situação irregular, além de outros falsificados, à organização empreendida pelo grupo criminoso, aos altos valores obtidos com o cometimento das infrações penais e ao risco plausível de reiteração delitiva. Constrangimento ilegal inexistente.

4. Recurso em *habeas corpus* improvido.

Os recorrentes ALINE STEINER WENSING e VÂNIO MARCELO NAZÁRIO foram condenados, respectivamente, em 06/09/2013, a 17 (dezessete) anos e 7 (sete) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes descritos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006, e artigo 273, § 1º e §1º-B, inciso I, c/c o art. 62, I, na forma do art. 69 do Código Penal (tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico de entorpecentes, falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais) e a 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses, em regime inicial fechado, sendo-lhes negado o direito de recorrer em liberdade sob o fundamento de persistirem os motivos ensejadores da custódia cautelar.

Daí a impetração de *habeas corpus* no Tribunal de Justiça de Santa Catarina e, ante a denegação da ordem, a interposição de recurso ordinário.

rio para o Superior Tribunal de Justiça, que o desproveu nos termos da ementa supratranscrita.

Os recorrentes alegam, em extensa inicial de 40 (quarenta) laudas, prejuízo para a defesa resultante do indeferimento do pedido de adiamento do julgamento de habeas corpus no Tribunal de Justiça de Santa Catarina e ausência de fundamentação para manter suas prisões cautelares, evidenciando afronta ao artigo 387, § 1º, do Código de Processo Penal¹.

Requerem, liminarmente e no mérito: “*a) seja decretada a nulidade do processo, a partir do julgamento do habeas corpus pelo Tribunal de segundo grau, em razão do indeferimento indevido do pedido de adiamento da sessão de julgamento*”; e “*b) seja revogada a prisão preventiva decretada, diante da evidência do constrangimento ilegal por parte do tribunal de segundo grau, sendo que a gravidade abstrata do delito não serve de elemento suficiente a ensejar a manutenção da prisão cautelar decretada, devendo a medida cautelar pessoal ser revogada, permitindo-se que os recorrentes possam recorrer em liberdade até o julgamento definitivo da presente lide penal, sendo que não há qualquer prejuízo à ordem pública ou à aplicação da lei penal*”.

A liminar foi indeferida.

O Ministério Público Federal, por seu órgão oficiante no Superior Tribunal de Justiça, ofereceu contrarrazões das quais extraio o seguinte:

“A súplica posta *sub judice*, no entanto, não merece provimento.

Primeiramente, não há como dar agasalho à tese preliminar de nulidade do julgamento da impetração originária, por haver o Tribunal de Origem indeferido o pedido de adiamento da sessão em que se daria o exame daquele remédio heroico, realizada sem a presença da Defesa constituída.

¹ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

...

§ 1º. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

Consoante reiterada orientação dos Tribunais Superiores Pátrios, o deferimento do pedido de adiamento da sessão de julgamento é ato que se inclui na esfera de discricionariedade do Julgador, sendo imprescindível, para seu atendimento, que o requerimento *‘seja realizado em tempo hábil para sua apreciação e que haja efetiva demonstração da plausibilidade dos motivos’* que ensejam a modificação da pauta [...].

[...]

No caso vertente, todavia, o Defensor dos ora Recorrentes não logrou êxito em demonstrar justo motivo para a alegada impossibilidade de comparecimento à sessão de julgamento, nem, tampouco, apresentou o pedido em tempo e forma hábeis de ser apreciado pelo Julgador competente. Nesse aspecto pontual, vale trazer à baila, porque bastante elucidativo, o quanto consignado pelo Superior Tribunal de Justiça no acórdão combatido:

‘Como visto, o defensor dos requerentes postulou, por duas vezes, o adiamento da sessão de julgamento do habeas corpus. Na primeira delas, o pedido foi atendido. Na segunda, ele não teve a mesma sorte. O Tribunal de origem, com razão, indeferiu o pleito.

[...]

Na hipótese em exame, o requerimento foi enviado por fax ao gabinete da Relatora do writ no dia do julgamento, poucos minutos antes do início da sessão, isto é, em tempo ingavelmente exíguo.

Os argumentos de que o causídico participara de uma audiência de instrução no dia anterior na comarca de Tubarão/SC e de que participaria de uma outra na comarca de Criciúma/SC, no dia 15/10/2013, mesmo dia da sessão de julgamento do habeas corpus aqui tratado, não prosperam.

Como sabido, as audiências de instrução e julgamento são marcadas pelos Juízos de primeiro grau com necessária antecedência. Sendo assim, o aludido advogado sabia, ou teria como saber, de antemão, dos compromissos que possuía em comarcas distantes da capital.

Portanto, conclui-se que ele, caso pretendesse realizar sustentação oral, dispunha de condições suficientes para diligenciar no sentido de requerer o adiamento do feito, ou adotar outra providência que entendesse adequada.’ (fls. 302/303).

Assim, tomando conhecimento da impossibilidade de seu comparecimento ao julgamento do *habeas corpus*, em virtude da convergência, num mesmo dia, de audiências judiciais em comarcas distintas, cabia ao Defensor escolhido pelo réu diligenciar para que a petição de adiamento fosse analisada tempestivamente pelo Relator do *writ*, ou, até mesmo, providenciar sua substituição por outro profissional habilitado, sendo certo que sua desídia não pode configurar nulidade processual, sob pena de se beneficiar de sua própria negligência, em contradição ao comando do art. 565 da Lei Penal Adjetiva.

Por outro lado, melhor sorte não assiste aos ora Recorrentes quando asseveram a ocorrência de constrangimento ilegal, resultante da manutenção do *decisum* que lhes negou o direito de aguardarem, soltos, o trânsito em julgado da condenação.

Como cediço, por afetar o *status libertatis*, a segregação preventiva deve observância ao princípio da legalidade, devendo ficar patenteado, nas razões da decisão que a sustentam, o fato que recomenda a restrição ao exercício do *jus ambulandi*. O *decisum* que a decreta, portanto, deve ser motivado, não sendo preciso, todavia, que seja exaustivamente minucioso, bastando que o julgador assinalo o que torna necessária a constrição.

In casu, como bem assinalado pelo Ministro Relator, firmatário do voto condutor do acórdão combatido, o recolhimento cautelar de **ALINE STEINER WENSING e VÂNIO MARCELO NAZÁRIO** contou com apropriada motivação, havendo o Juiz Singular sintetizado as razões pelas quais viera a negar aos acusados o direito de recorrer em liberdade, uma vez que não haviam se alterado as circunstâncias fáticas ensejadoras da decretação da sua custódia cautelar. Tal significa dizer que a fundamentação adotada na sentença resultou da reiteração dos motivos referidos no *decisum* determinante do confinamento preventivo.

Para decretar a custódia dos ora recorrentes, o Julgador Processante destacou a necessidade da manutenção da prévia custódia para o resguardo da ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta dos delitos perpetrados, a grande quantidade de medicamentos de uso restrito apreendidos em situação irregular, o *modus operandi* empregado para a consecução das infrações ilícitas e a inclinação dos réus ao caminho delitivo, nos termos adiante transcritos:

“Noutro giro, a prova indiciária amealhada nessa fase preliminar das investigações mostra que havia entre os indiciados um verdadeiro ajuste de vontades no sentido da prática do comércio ilícito, havendo

indicativo da presença de uma quadrilha familiar estruturada com o objetivo da venda de medicamentos controlados sem que houvesse possibilidade de fiscalização pelas autoridades competentes.

[...] Cabe lembrar que as investigações preliminares realizadas pela Polícia Civil culminaram com a expedição de mandados de busca e apreensão que foram cumpridos não apenas no estabelecimento comercial, mas também nas residências dos flagrados e em um galpão que servia de escritório para o esposo de ALINE, sendo que nesses locais foram encontrados indícios veementes da prática delituosa. [...] A prática delituosa aparentemente perpetrada pelos indiciados é tão gravosa quanto o comércio das substâncias entorpecentes tidas como ilícitas, na medida em que se tratam de pessoas absolutamente conscientes dos efeitos danosos que tais medicamentos – quando consumidos em desacordo com as indicações médicas – causam no ser humano.

Note-se ainda que o grupo era extremamente organizado no que toca ao modo como o comércio era feito, primeiro porque há indícios de que a Farmácia da indicada ALINE era usada como fachada para um negócio lucrativo e rentável, sobretudo em razão das conhecidas dificuldades na aquisição dos remédios controlados no comércio formal por aqueles que fazem uso indevido de tais substâncias, seja porque se automedicam, seja porque se tratam de viciados nas referidas substâncias psicotrópicas. Segundo, porque a forma como o grupo atuava demonstra a nítida intenção de furtar-se à fiscalização das autoridades sanitárias competentes, dissipando em locais variados os medicamentos e com isso frustrando eventual fiscalização, artifício também usado para mascarar

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se em parecer cuja ementa possui o seguinte teor:

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO QUE JULGOU OUTRO RECURSO EM HABEAS CORPUS. INADMISSIBILIDADE. SEGUNDO PEDIDO DE ADIAMENTO DA SESSÃO DE JULGAMENTO APRESENTADO MINUTOS ANTES DO INÍCIO DA SESSÃO. INDEFERIMENTO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECORRENTES PRESOS AINDA NO CURSO DA INVESTIGAÇÃO (ALINE) E NO INÍCIO DA AÇÃO PENAL (VÂNIO) E CONDENADOS PELOS CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PERSISTÊNCIA DAS RAZÕES

QUE DERAM CAUSA À CUSTÓDIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO E, SE CONHECIDO, PELO SEU DESPROVIMENTO.”

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): O recurso cabível de acórdão proferido em recurso ordinário em *habeas corpus* é, em tese, o extraordinário, a implicar o não conhecimento deste RHC.

As razões recursais serão examinadas apenas no afã de verificar a possibilidade de concessão de *habeas corpus* de ofício, à luz do que prevê o § 2º do artigo 654 do Código de Processo Penal.

Os recorrentes foram condenados pelos crimes de tráfico de drogas, associação para o tráfico, falsificação, corrupção e adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos, sendo imposta a Aline Steiner Wensing a pena de 17 (dezessete) anos e 7 (sete) meses de reclusão, e a Vânio Marcelo Nazário a pena de 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, sendo-lhes vedado o direito de recorrer em liberdade, com base no art. 387, parágrafo único, do Código Penal, tendo-se em conta a inalterabilidade da base empírica que sustentou a prisão cautelar anteriormente decretada.

A defesa dos recorrentes logrou adiar uma sessão de julgamento no TJ/SC e, pretendendo novo postergamento, peticionou minutos antes da realização da nova sessão de julgamento, não obtendo êxito, evidentemente, em razão da impossibilidade de o pedido ser analisado a tempo, conforme se percebe do seguinte trecho da decisão tomada pela Primeira Câmara Criminal do TJ/SC:

“Indeferido o pedido de adiamento do douto Impetrante, tendo em vista que o pedido adentrou na sala de sessão minutos antes do seu início. Ademais, o pedido é reiterado e percebe-se que o defensor cumpre os compromissos na Comarca, mas não neste Tribunal.”

Em situação similar a destes autos, esta Corte decidiu que *“Atendido o excepcional pedido de adiamento de uma sessão de julgamento, pela alegada impossibilidade de comparecimento de um dos três Impetrantes, todos advogados, a ausência para o fim de sustentação oral na sessão subsequente não impede o julgamento (HC n. 97.267/SP, DJ de 11.3.2014).*

Confira-se ainda:

“Habeas corpus. Processual Penal. Alegação de cerceamento de defesa. Defensores que não puderam estar presentes à sessão de julgamento da apelação para oferecer sustentação oral. Ausência de nulidade. Precedentes. Ordem denegada. 1. O Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que, por possuir caráter facultativo, o indeferimento de pedido de adiamento de sessão de julgamento, pela impossibilidade de comparecimento do advogado da parte para oferecer sustentação oral, não gera nulidade. 2. Ademais, conforme já se manifestou a Suprema Corte ‘a excepcionalidade do adiamento de uma sessão de julgamento, por alegada impossibilidade de comparecimento do Advogado do réu, impõe e justifica a exigência de necessária comprovação da causa impeditiva invocada. Esse ônus processual, que foi por ele descumprido, não pode ser, agora, invocado em benefício do impetrante, para o efeito de desconstituir decisão validamente proferido pelo Tribunal” (HC nº 107.045/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ de 3/12/2013).

In casu, conforme informação obtida no *site* do TJ/SC, os recorrentes eram representados por nada menos do que 7 (sete) advogados e, evidentemente, qualquer deles poderia comparecer ao ato para fazer a sustentação oral; circunstância que, aliada ao exíguo tempo para análise do novo pedido de adiamento, autoriza a conclusão de que inexistente a alegada nulidade por cerceio do direito de defesa.

Os recorrentes foram condenados pelos crimes de tráfico de drogas, associação para o tráfico, falsificação, corrupção e adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos, sendo imposta a Aline Steiner Wensing a pena de 17 (dezessete) anos e 7 (sete) meses de reclusão, e a Vânio Marcelo Nazário a pena de 15 (quinze) anos e 6 (seis) meses de

reclusão, vedado o direito de recorrer em liberdade, com base no art. 387, § 1º, do Código Penal, tendo-se em conta, reitero-se, a inalterabilidade da base empírica que sustentou a prisão cautelar anteriormente decretada.

In casu, tenho que a prisão preventiva, reavaliada quando da prolação da sentença condenatória, à luz do art. 387, § 1º, do CPP, mostrasse desnecessária em se tratando de réus primários e que ostentam bom conceito no meio em que vivem, não sendo razoável inferir que a liberdade de ambos significará risco à ordem pública.

É certo que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que “*A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes da organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva*” (HC 95.024/SP, 1ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 20/02/2009), valendo mencionar os seguintes precedentes desta Corte:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO (ART. 121 C/C ART. 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. PACIENTE ASSOCIADO A MEMBRO DE EXTENSA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (P.C.C.). PERICULOSIDADE *IN CONCRETO*. EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA PROFERIDA. ORDEM DENEGADA.

1. A utilização promíscua do habeas corpus como substitutivo de recurso ordinário deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso *sub judice*, em que a prisão preventiva se fez sob fundamento hígido e o alegado excesso de prazo encontra-se superado ante a prolação de sentença de pronúncia.

2. **A periculosidade *in concreto* do paciente pode exurgir do caso concreto, por isso que, *in casu*, emerge da sua associação a pessoa apontada como integrante de extensa organização criminosa (P.C.C.) na fase de planejamento do delito, legitimando a prisão preventiva como garantia da ordem pública – art. 312 do CPP.**

3. O excesso de prazo é possível de superação como *in casu*, posto já proferida sentença de pronúncia.

4. O *habeas corpus* concedido em favor de corréu por motivos pessoais não aproveita o outro imputado, máxime quando o mesmo não impugna a validade da prisão preventiva, limitando-se a determinar novo julgamento pelo STJ, ante a ofensa ao princípio do Colegiado, e o outro afronta a custódia cautelar.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem DENEGADA.” [grifei].

(HC 98.290, Relator o Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ o acórdão Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 21/06/11).

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS E FINANCIAMENTO AO TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA MANTENDO A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. GARANTIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ENCERRAMENTO DA FASE PROBATÓRIA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. REAL POSSIBILIDADE DE FUGA. PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. FUNÇÃO DE CHEFIA EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUANTIDADE DE DROGAS: CIRCUNSTÂNCIAS SUFICIENTES PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. ORDEM DENEGADA.

1. Decreto de prisão preventiva devidamente fundamentado na garantia da ordem pública, consideradas a quantidade de drogas apreendida e a participação do Paciente em organização criminosa, o exercício de chefia e a possibilidade objetiva de reiteração delituosa, não desmentida pelos elementos constantes dos autos.

2. Existência de outro fundamento idôneo e suficiente para a manutenção da prisão preventiva, consistente na aplicação da lei penal, evidenciada pelo risco de fuga do distrito da culpa.

3. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a garantia da instrução criminal não constitui fundamento válido da prisão preventiva do condenado.

4. A presença de condições subjetivas favoráveis ao Paciente não obsta a segregação cautelar, mesmo após a sentença penal, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção.

5. Ordem denegada.” [grifei]. (104.608, Relatora a Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 01/09/11).

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA. IMPROCEDÊNCIA. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DELITUOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE FUGA DO PACIENTE. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. Decreto de prisão preventiva devidamente fundamentado na garantia da ordem pública, considerada a participação do Paciente em organização criminosa, notadamente o exercício de chefia, e a possibilidade objetiva de reiteração delituosa, que não é desmentida pelos elementos constantes dos autos.

2. Existência, ademais, de outro fundamento idôneo e suficiente para a manutenção da prisão preventiva, consistente na aplicação da lei penal, evidenciada pelo risco de fuga do distrito da culpa.

3. Ordem denegada.” [grifei].

(HC 102.164, Relatora a Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 24/05/11).

“HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTOS. EXISTÊNCIA. CONDIÇÕES PESSOAIS NÃO IMPEDITIVAS DA PRISÃO CAUTELAR.

1. A decisão que decretou a prisão preventiva não é genérica. A atuação do paciente na organização criminosa está satisfatoriamente explicitada.

2. A custódia cautelar está concretamente fundamentada na circunstância de o paciente integrar organização criminosa habituada ao tráfico de entorpecentes, o que é suficiente à restrição excepcional da liberdade para garantia da ordem pública, considerada a real possibilidade de reiteração em crimes da espécie. Precedentes.

3. Condições pessoais [primariedade, bons antecedentes, residência e trabalho fixos] não impedem a decretação da prisão preventiva quando presentes os requisitos do artigo 312 do CPP. Precedentes.

Ordem indeferida.” [grifei].

(HC 101.854, Relator o Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe de 30/04/10).

In casu, reitere-se, nada indica a possibilidade de que os réus voltem a delinquir caso recorram em liberdade, porquanto não possuem histórico de crimes e ostentam conduta social ilibada

Voto no sentido da extinção do processo, por ser substitutivo de recurso extraordinário; mas concedo a ordem *ex officio* a fim de que os recorrentes recorram em liberdade.

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Senhor Presidente, Egrégia Turma, como o advogado deixou bem destacado, ele não iria sustentar as razões do RO, mas apenas a concessão de ofício. Então, no recurso ordinário, na própria ementa, eu estava mencionando, em primeiro lugar, que esse adiamento do segundo julgamento foi em cima da hora, já tinha sido adiado o primeiro julgamento para fazer a sustentação oral. Quando chegou no segundo julgamento, minutos antes, houve uma petição pedindo o adiamento, porque teve uma audiência no dia anterior. Eu, se fosse advogado - e analiso como homem médio -, tivesse uma sustentação oral no STJ e uma audiência numa outra comarca, acho que pediria a um colega para fazer a audiência na outra comarca e sustentaria no Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, na sentença condenatória, realmente esses são os termos em que ela se funda para manter a custódia cautelar.

Senhor Presidente, é muito importante, eu particularmente preciso ficar confortável ao fazer justiça - todos nós. Somos juízes para isso. No meu modo de ver - e eu não tinha e nem tenho elementos para isso -, os réus primários, com bom conceito social, que têm uma farmácia, que inúmeras pessoas dependentes quimicamente, por vezes, solicitam remédio sem receita médica, e que cedem a essa dependência química, no meu modo de ver, realmente, a pena de dezessete anos, em regime fechado, é absolutamente desproporcional. Isso foi um fato que me chamou a atenção.

Sem me comprometer com a tese de fundo, fui verificar que, realmente, o Diário Oficial - órgão oficial de publicação - descaracteriza como psicotrópicos e substâncias entorpecentes essas três substâncias, que estão em várias medicações, não só nos ansiolíticos, mas também nas medicações para síndrome do pânico e antidepressivos.

Então, em razão desse novo quadro e como, no meu modo de ver, o recurso ordinário é substitutivo do extraordinário e não teria como ser conhecido, eu entendo que, por ora, sem me comprometer com essa tese - que eu também preciso ver os outros medicamentos que foram apreendidos, se outros foram apreendidos -, eu concederia ordem de ofício para relaxar a prisão.

É assim que eu proponho à Turma.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Eu também, Senhor Presidente, porque ouvi da tribuna que o recurso de apelação está pendente de apreciação quanto a essa condenação há dezessete anos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE)
– Está quanto à dosimetria.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Acompanho o voto do eminente Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Eu saúdo o Professor Gustavo Grandinetti; depois de vinte e cinco anos dedicados à magistratura, ele retorna à advocacia, sempre de maneira tão brilhante.

Eu só tenho uma pergunta: o Ministro Relator não analisa a resolução do Senado?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Está virando moda o Congresso querer fazer decreto legislativo para tentar afastar do mundo jurídico determinados atos que o Poder Público, que o Estado atribuiu a determinada agência reguladora, como no caso específico.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Na linha daquele seu precedente lá do Plenário.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Mas estamos aqui a discutir apenas a prisão provisória. Eu acompanho o Relator.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Também acompanho Sua Excelência o Relator, ressaltando, mais uma vez, que o princípio da não culpabilidade exclui a consideração da imputação e mesmo do título condenatório como causa para ter-se a inversão de valores, prendendo para, depois, apurar.

PRIMEIRA TURMA**EXTRATO DE ATA**

Recurso Ordinário em Habeas Corpus 122.600

Procedência: Santa Catarina

Relator: Min. Luiz Fux

Recorrente: Aline Steiner Wensing

Advogados: Alex Sandro Sommariva e Outros

Recorrente: Vanio Marcelo Nazario

Advogados: Alex Sandro Sommariva e Outros

Recorrido: Ministério Público Federal

Procurador: Procurador-Geral da República

Decisão: A Turma julgou extinto o processo, sem apreciação do recurso ordinário em *habeas corpus*, mas implementou a ordem, de ofício, quanto à custódia provisória, nos termos do voto do relator. Unânime. Falou o Dr. Luis Gustavo Grandinetti, pelos recorrentes. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 30.9.2014.

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

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.440, de Santa Catarina

Relator: Min. Teori Zavascki

Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina

Advogado: João Carlos Von Hohendorff

Interessado: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina

Advogado: Saulo Vieira

EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. LEI 10.076/96, DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ART. 1º. ABOLIÇÃO DOS EFEITOS DE SANÇÕES DISCIPLINARES APLICADAS A SERVIDORES ESTADUAIS. REGIME JURÍDICO FUNCIONAL. MATÉRIA SUJEITA A RESERVA DE INICIATIVA LEGISLATIVA. NORMAS DE APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA AOS ESTADOS-MEMBROS. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI DECORRENTE DE INICIATIVA PARLAMENTAR. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA ADMINISTRATIVA. ART. 2º. DEFINIÇÃO DE CRIME DE RESPONSABILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. SÚMULA 722/STF.

1. A ação direta não comporta conhecimento quanto à alegada violação ao art. 169 da CF, por ausência de dotação orçamentária e de compatibilidade com a lei de diretrizes, porque a solução dessa questão exige o confronto com padrões normativos estranhos ao texto constitucional, além da elucidação de fatos controvertidos. Precedentes.

2. Segundo consistente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as Assembleias Legislativas Estaduais possuem competência para deliberar sobre anistia administrativa de servidores estaduais. Contudo, não cabe a essas Casas Legislativas iniciar a deliberação de processos legislativos com esse objetivo, pois estão elas submetidas às normas processuais de reserva de iniciativa inscritas na Constituição Federal, por imposição do princípio da simetria. Precedentes.

3. Ao determinar a abolição dos efeitos das sanções disciplinares aplicadas a servidores estaduais por participação em movimentos reivindicatórios, o art. 1º da Lei 10.076/96 desfez consequências jurídicas de atos administrativos

praticados com base no regime funcional dos servidores estaduais e, com isso, incursionou em domínio temático cuja iniciativa de lei é reservada ao Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 61, II, § 1º, “c”, da CF.

4. O sistema de repartição de poderes traçado na Constituição Federal não admite que um ato de sancionamento disciplinar, exercido dentro dos parâmetros de juridicidade contidos nos estatutos funcionais civis e militares, venha a ser reformado por um juízo de mera conveniência política emanado do Poder Legislativo.

5. É inconstitucional o art. 2º da lei catarinense, porque estabeleceu conduta típica configuradora de crime de responsabilidade, usurpando competência atribuída exclusivamente à União pelos arts. 22, I, e 85, § único, da Constituição Federal, contrariando a Súmula 722 do STF.

6. 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 Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em julgar procedente a ação direta, declarando a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 10.076, de 6 de abril de 1996, do Estado de Santa Catarina, nos termos do voto do Relator. Vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 15 de outubro de 2014.

Ministro TEORI ZAVASCKI
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

1. Trata-se de ação direta de constitucionalidade, com pedido de cautelar, promovida pelo Governador do Estado de Santa Catarina para objetar contra a validade constitucional da Lei estadual 10.076, de 06 de abril de 1996, de Santa Catarina, cujo teor é o seguinte:

“Art. 1º – Ficam sem efeito, a partir de 01 de janeiro de 1991 até a publicação da presente Lei, todos os atos, processos ou iniciativas que tenham gerado qualquer tipo de punição aos servidores civis e militares, pertencentes à Administração Pública Direta, Fundacional e Autárquica do Estado de Santa Catarina, em virtude de participação em movimentos de cunho reivindicatório ou manifestações de pensamento.

Parágrafo único – As anotações referentes às punições supracitadas serão expungidas das fichas funcionais dos servidores públicos atingidos por esta Lei.

Art. 2º. A autoridade que deixar de cumprir o disposto nesta Lei incorrerá em crime de responsabilidade.

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º. Revogam-se as disposições em contrário.”

Segundo o requerente, a lei sob censura estaria em desacordo com o artigo 61, §1º, II, “c”, da Constituição Federal, pois, apesar de dispor sobre regime disciplinar de servidores públicos, concedendo-lhes anistia pela prática de infrações relacionadas à participação em movimentos reivindicatórios, teria emanado de iniciativa do Poder Legislativo, quando somente poderia ter sido objeto de proposta do Chefe do Poder Executivo. O mesmo vício formal, traduziria, ainda, atentado ao princípio da separação de poderes, pois comprometeria *“a ideia de harmonia entre os poderes, na medida em que retira toda e qualquer eficácia dos atos administrativos que resultaram na punição dos servidores, realizados no estrito exercício de competência que é reconhecida ao Poder Executivo pela Constituição Federal”*.

Acrescenta que o ato impugnado também representaria ofensa (i) à garantia do ato jurídico perfeito, inscrita no art. 5º, XXXV, da CF, porquanto os atos punitivos atingidos pela lei impugnada, concluídos na vigência da lei anterior, não poderiam ser desconstituídos por leis supervenientes; e (ii) ao artigo 169 da CF, na medida em que a eliminação das penalidades disciplinares produziria reflexos financeiros não contemplados em prévia dotação orçamentária, nem autorizados pela lei de diretrizes orçamentárias.

A medida cautelar requerida foi deferida pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal em 30/05/1996, em decisão que foi sintetizada na seguinte ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 10.076 DE 02 DE ABRIL DE 1996 DO ESTADO DE SANTA CATARINA, PELA QUAL FORAM CANCELADAS PUNIÇÕES APLICADAS A SERVIDORES CIVIS E MILITARES NO PERÍODO DE 1º DE JANEIRO DE 1991 ATÉ A DATA DE SUA EDIÇÃO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 2º E 5º, XXXVI, 61, § 1º, II, C, DA CONSTITUIÇÃO. Plausibilidade do fundamento da inconstitucionalidade formal, dado tratar-se de lei que dispõe sobre servidores públicos, que não teve a iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual, como exigido pela norma do art. 61, § 1º, II, c, da Constituição, corolário do princípio da separação dos Poderes, de observância imperiosa pelos estados membros, na forma prevista no art. 11 do ADCT/88. Conveniência da pronta suspensão de sua eficácia. Cautelar deferida. (ADI 1440 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 30/05/1996, DJ de 01/06/2001)

Referida decisão veio a ser objeto de impugnação via embargos declaratórios (fls. 50/67), ainda pendentes, opostos pela Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina.

Em informações (fls. 71/78), a Casa Legislativa Estadual apontou a inadmissibilidade da ação, dada (i) a impossibilidade de aferição de eventual violação ao art. 169 da Constituição sem a realização de cotejo prévio com a lei de diretrizes orçamentárias e com a lei orçamentária anual do Estado Catarinense; (ii) a impossibilidade jurídica do pedido nela

deduzido, pois a lei impugnada não concederia anistia, como presumido pelo requerente; e (iii) a irregularidade formal do pedido, que mencionaria, de forma equivocada, a data de 06/04/1996 como dia de publicação da lei atacada.

No mérito, sustentou que a norma constitucional do art. 37, VII, que assegura aos servidores públicos o direito de greve nos termos de lei complementar, seria de aplicação imediata, independente de normatividade ulterior para ter operatividade, e que a lei sob contestação não disporia sobre organização de servidores, mas sobre direito fundamental a participar de movimento de cunho reivindicatório, matéria sobre a qual os Estados-membros seriam competentes para dispor de forma concorrente.

O Advogado-Geral da União manifestou-se (fls. 208/212) pela manutenção do juízo cautelar, salientando a necessidade de preservação da iniciativa do Chefe do Poder Executivo para iniciar processos legislativos que digam respeito a regime jurídico de servidores públicos.

O parecer do Procurador-Geral da República (fls. 214/218) é pela procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade, ante a obrigatoriedade da observância, pelos Estados-membros, da reserva de iniciativa legislativa estabelecida pelo art. 61, § 1º, II, “c”, da CF para o Presidente da República em termos de organização administrativa.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

1. A existência de eventual equívoco quanto à identificação do objeto jurídico da Lei 10.076/96 – que o requerente considerou ser a concessão de “anistia” a servidores estaduais – não compromete a viabilidade processual do seu pedido. Tratando-se, como se trata, de objeção que se

relaciona com o próprio mérito da tese de inconstitucionalidade formal, é matéria a ser analisada como tema de fundo, e não como preliminar.

O erro na indicação da data de publicação da Lei Estadual 10.076/96, por sua vez, é irrelevante para o julgamento do caso. Considerando que isso não impediu a Assembleia Legislativa e os demais sujeitos envolvidos na ação direta de se manifestar a respeito do ato efetivamente contestado, não há qualquer entrave ao conhecimento da ação, e, muito menos, nulidade do processo.

2. A objeção ao conhecimento da tese de violação ao art. 169 da Constituição Federal é consistente. O Governador de Santa Catarina argumentou que, ao desconsiderar os efeitos das penalidades disciplinares aplicadas aos servidores estaduais no período que especifica, o art. 1º da Lei 10.076/96 teria criado obrigações financeiras referentes aos dias eventualmente não trabalhados por servidores que foram atingidos por penalidades administrativas mais graves, tudo isso sem prever dotação orçamentária ou autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias catarinense, o que contrariaria o art. 169 da Constituição Federal.

Alegações deste teor, contudo, não podem ser examinadas em processos objetivos de controle de constitucionalidade, porque reclamam não apenas o cotejo da lei atacada com parâmetros normativos estranhos à Constituição Federal – as leis orçamentárias catarinenses – mas também a elucidação de informações eventualmente controvertidas, tais como a suficiência de rubricas orçamentárias.

Há, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, referências sólidas a apontar a inviabilidade do conhecimento de ações diretas com questionamentos semelhantes, como as ADI 3.599, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 14/9/2007; 2.343, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 13/6/2003; e ADI 1.585, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ de

3/4/1998. Apreciando esse aspecto em casos análogos, essa Suprema Corte definiu que eventual desavença entre leis que criam gastos públicos e leis orçamentárias de seus respectivos entes federativos não atinge aquelas primeiras no plano de sua validade constitucional, mas apenas na sua aplicabilidade em determinado exercício financeiro (ADI 1292 MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 15/9/1995).

Essas considerações impedem o exame da ação direta em exame pelo fundamento de infringência ao art. 169 da CF.

3. Procede, contudo, a tese central do requerente, de natureza formal, segundo a qual, ao tornar sem efeito *“todos os atos, processos ou iniciativas que tenham gerado qualquer tipo de punição aos servidores civis e militares, pertencentes à Administração Pública Direta, Fundacional e Autárquica do Estado de Santa Catarina, em virtude de participação em movimentos de cunho reivindicatório ou manifestações de pensamento”*, a Assembleia Legislativa teria cuidado de matéria pertinente à organização de servidores, incurso em domínio temático reservado à iniciativa do Chefe do Poder Executivo, por determinação do art. 61, § 1º, II, “c”, da CF, preceito que seria de observância obrigatória pelos Estados-membros.

A matéria não é nova no Supremo Tribunal Federal e, embora tenham sido formados em julgamentos não unânimes, os precedentes da Corte definiram que (a) a anistia pode ser entendida em sentido amplo, envolvendo não apenas as sanções penais, como também as de natureza fiscal ou disciplinar (Rp 696, redator do acórdão o Min. Aliomar Baleeiro, Pleno, DJ de 15/6/1967); (b) os Estados-membros possuem competência para deliberar legislativamente sobre a concessão de anistia aos respectivos servidores (ADI 104, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ de 24/8/2007); e (c) anistias veiculadas por meio de leis estaduais ficam submetidas à iniciativa do Chefe do Poder Executivo (ADI 864, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJ de 13/9/1996; e ADI 1594, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 22/8/2008).

Esse último ponto é o que interessa mais de perto para a resolução do caso em exame. A respeito desse entendimento, convém citar, por todos, o julgamento da ADI 341, cuja ementa recebeu a seguinte formatação:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.293, DE 20 DE JUNHO DE 1.990, DO ESTADO DO PARANÁ. ANISTIA. INTEGRANTES DO MAGISTÉRIO E DEMAIS SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DO PARANÁ. PUNIÇÃO DECORRENTE DE INTERRUPTÃO DAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS. PARALISAÇÃO. PUNIÇÕES SEM EFEITOS DE 1º DE JANEIRO A 20 DE JUNHO DE 1.990. NÃO CUMPRIMENTO DO PRECEITO. CRIME DE RESPONSABILIDADE. COMPETÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 22, INCISO I; 25, CAPUT; 61, § 1º, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. 1. O ato normativo impugnado respeita a “anistia” administrativa. A lei paranaense extingue punições administrativas às quais foram submetidos servidores estaduais. 2. Lei estadual que concede “anistia” administrativa a servidores públicos estaduais que interromperam suas atividades --- paralisação da prestação de serviços públicos. 3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que cabe ao Chefe do Poder Executivo deflagrar o processo legislativo referente a lei de criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, bem assim disponha sobre regime jurídico e provimento de cargos dos servidores públicos. 4. Aplica-se aos Estados-membros o disposto no artigo 61, § 1º, inciso II, da Constituição do Brasil. Precedentes. 5. Inviável o projeto de lei de iniciativa do Poder Legislativo que disponha a propósito servidores públicos --- “anistia” administrativa, nesta hipótese --- implicando aumento de despesas para o Poder Executivo. 6. Ao Estado-membro não compete inovar na matéria de crimes de responsabilidade --- artigo 22, inciso I, da Constituição do Brasil. Matéria de competência da União. “São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento” [Súmula 722]. 7. Ação direta julgada procedente, por maioria, para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 9.293/90 do Estado do Paraná. (ADI 341, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2010, DJe de 11/6/2010)

A orientação consagrada neste precedente deve ser prestigiada. Independentemente do alcance que se dê ao conceito de anistia, o certo é que a lei catarinense determinou o afastamento de sanções de inegável natureza disciplinar e, ao fazê-lo, atingiu o componente hierárquico da relação estatutária estabelecida entre Administração estadual e servidores públicos a ela vinculados, promovendo uma forma anômala de revisão de decisões administrativas que foram produzidas consoante o estatuto funcional vigente na época.

Como se sabe, o poder hierárquico corresponde, nas relações estatutárias, uma emanção da autoridade estatal que está regularmente compreendida na liberdade política de cada Poder Público. Embora representem uma manifestação de autonomia administrativa, esses atos de hierarquia podem ser revisados por meio de controle extrínseco, desde que o sejam por deliberação do Poder Judiciário. Afinal, é decorrência do princípio da jurisdição, inscrito no art. 5º, XXXV, da CF, que todo e qualquer excesso no exercício da função administrativa fique exposto à crítica judiciária. Esta é a forma de controle posta à disposição do administrado e, por meio dela, é amplamente possível a revisão de punições juridicamente ilegítimas.

O que o sistema de repartição de poderes traçado na Constituição Federal não admite, porque seria radicalmente avesso aos seus delineamentos, é que um ato de sancionamento disciplinar, exercido dentro dos parâmetros de juridicidade contidos nos estatutos funcionais civis e militares, venha a ser reformado por um juízo de mera conveniência política emanado do Poder Legislativo. A atuação parlamentar que se manifesta nesse sentido revela um desvirtuamento da função legislativa, que perde seu sentido natural de impessoalidade, generalidade e abstração para se insinuar em campo essencialmente administrativo.

Apreciando atos legislativos de conteúdo semelhante, este Supremo Tribunal Federal já reconheceu a ocorrência de usurpação da função administrativa pelo Poder Legislativo, como se deu no seguinte caso:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, QUE INTERVÉM NO REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES PÚBLICOS VINCULADOS AO PODER EXECUTIVO - USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA RESERVADO AO GOVERNADOR DO ESTADO - INCONSTITUCIONALIDADE - CONTEÚDO MATERIAL DO DIPLOMA LEGISLATIVO IMPUGNADO (LEI Nº 6.161/2000, ART. 70) QUE TORNA SEM EFEITO ATOS ADMINISTRATIVOS EDITADOS PELO GOVERNADOR DO ESTADO - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA, COM EFICÁCIA EXTUNC. PROCESSO LEGISLATIVO E INICIATIVA RESERVADA DAS LEIS. - O desrespeito à cláusula de iniciativa reservada das leis, em qualquer das hipóteses taxativamente previstas no texto da Carta Política, traduz situação configuradora de inconstitucionalidade formal, insuscetível de produzir qualquer consequência válida de ordem jurídica. A usurpação da prerrogativa de iniciar o processo legislativo qualifica-se como ato destituído de qualquer eficácia jurídica, contaminando, por efeito de repercussão causal prospectiva, a própria validade constitucional da lei que dele resulte. Precedentes. Doutrina. O CONCURSO PÚBLICO REPRESENTA GARANTIA CONCRETIZADORA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. – O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II). A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros. Precedentes. Doutrina. RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO E SEPARAÇÃO DE PODERES. – O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. Precedentes. Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executi-

vo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação ultra vires do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais. (ADI 2364 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/8/2001, DJ de 14/12/2001)

Assim como ocorreu na situação analisada nesse precedente, aqui o Legislativo também ignorou o princípio da reserva de administração, em iniciativa que contraria não apenas o modelo de separação de Poderes inscrito no art. 2º da Constituição Federal, como também a privatividade conferida pelo art. 61, § 1º, II, “c”, ao Chefe do Executivo para iniciar os trabalhos legislativos sobre regime funcional e a limitação procedimental do art. 63, I, que restringe o poder de emenda parlamentar nos projetos de lei de iniciativa exclusiva da autoridade máxima do Executivo.

4. Essas razões são suficientes para conduzir à declaração de inconstitucionalidade de toda a Lei 10.076/96, uma vez que o art. 2º guarda dependência lógica em relação à norma do art. 1º.

Mas há um fundamento adicional e autônomo a autorizar a anulação do art. 2º da lei catarinense. Ao estabelecer que “*a autoridade que deixar de cumprir o disposto nesta Lei incorrerá em crime de responsabilidade*”, esse dispositivo colidiu com o art. 22, I, e com o parágrafo único do art. 85 da Constituição Federal, que, segundo a Súmula 722 do STF, atribuem à União competência exclusiva para a definição das condutas configuradoras dos crimes de responsabilidade (ADI’s 2220, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, Pleno, DJe de 7/12/2011; 3279, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJe de 15/2/2012; e 341, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, DJe de 11/6/2010).

5. Ante o exposto, julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, confirmando a cautelar anteriormente proferida. Ficam prejudicados os embargos de declaração opostos pelo requerente.

É o voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, fiquei vencido quando apreciamos o pedido de concessão de medida acauteladora. Fiz ver, à época, que nos defrontávamos, como nos defrontamos agora, com lei que, em última análise, prevê anistia. Fiquei vencido, é certo, na companhia honrosa dos ministros Ilmar Galvão (relator), Maurício Corrêa, Francisco Rezek e do Presidente, o ministro José Paulo Sepúlveda Pertence.

Continuo convencido de que não houve invasão, pela Assembleia Legislativa, de área reservada constitucionalmente ao chefe do Poder Executivo e que, portanto, o caso não encerra iniciativa privativa do Executivo. Lei que verse anistia pode ter início, em termos de projeto, na casa legislativa.

Reporto-me ao voto e julgo improcedente o pedido formulado na inicial.

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Senhor Presidente, não é uma proposta, é mais uma cogitação. Essas liminares, sobretudo as concedidas há cinco, dez, quinze anos - há muitas no estoque -, a gente poderia cogitar de eventualmente uma emenda regimental, se o Relator fosse encaminhar no sentido de manutenção da cautelar concedida, passados cinco anos ou mais, que pudesse ser feito em Plenário Virtual, se for na mesma linha do que já tenha sido decidido pelo Plenário. Apenas uma cogitação para amadurecermos a ideia e eventualmente consolidarmos no papel.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O Ministério Público teria que se manifestar. Já se manifestou.

Bom, eu então peço a Vossa Excelência que talvez possa se encarregar desta minuta de emenda regimental, e nós apreciaremos com muita atenção.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Certamente passará pela Comissão de Regimento Interno.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sem dúvida nenhuma.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Certamente, para onde inclusive tenho encaminhado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Nada é alterado no Regimento sem que passe pela Comissão presidida com brilho por Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Porque não é do meu feitio, Presidente, renunciar a afazeres. Mas, se viesse a ser colocada em segundo plano a Comissão que presido, a deixaria.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Jamais foi e, no meu mandato, jamais será.

Apenas para esclarecer, Ministro Marco Aurélio, que as iniciativas de reforma de regimento podem partir de qualquer Ministro, mas deságuam necessariamente...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É que estamos vivenciando quadra de perda de parâmetros, abandono a princípios, o dito passa pelo não dito, o certo, pelo errado. Daí a colocação que fiz.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Bom, não na minha Presidência, Ministro Marco Aurélio. Na minha Presidência, nós observamos a liturgia rigorosamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não estou atribuindo a Vossa Excelência, mas está sendo muito comum proporem-se oralmente alterações regimentais, como se isso pudesse ser implementado de imediato em sessão plenária.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI
(PRESIDENTE) -** Pois não.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.440

Procedência: Santa Catarina

Relator: Min. Teori Zavascki

Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina

Advogado: Joao Carlos Von Hohendorff

Interessado: Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina

Advogado: Saulo Vieira

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, julgou procedente a ação direta, declarando a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 10.076, de 6 de abril de 1996, do Estado de Santa Catarina, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 15.10.2014.

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

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

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.223, de Santa Catarina

Relator: Min. Dias Toffoli

Requerente: Procurador-Geral da República

Interessado: Governador do Estado de Santa Catarina

Interessado: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 10.926/1998 do Estado de Santa Catarina. Tribunal de contas. Vício de iniciativa.

Inconstitucionalidade formal. Transposição de cargos de corte de contas para o quadro de pessoal do Poder Executivo.

1. Inconstitucionalidade formal de dispositivo acrescentado por emenda parlamentar que transpõe cargos de analista de controle externo do quadro de pessoal do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina para o grupoamento funcional do Poder Executivo local. Essa transposição promove indiretamente a extinção de cargos públicos pertencentes à composição funcional do Tribunal de Contas do Estado.

2. Conforme reconhecido pela Constituição de 1988 e pelo Supremo Tribunal Federal, gozam as cortes de contas do país das prerrogativas da autonomia e do autogoverno, o que inclui, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo para criar ou extinguir cargos, como resulta da interpretação sistemática dos arts. 73, 75 e 96, II, b, da Constituição Federal (cf. ADI nº 1.994/ES, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJ de 8/9/06; ADI nº 789/DF, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJ de 19/12/94).

3. A jurisprudência da Corte é firme no sentido de que a Constituição Federal veda ao Poder Legislativo formalizar emendas a projetos de iniciativa exclusiva se delas resultar aumento de despesa pública ou se forem elas totalmente impertinentes à matéria versada no projeto (ADI nº 3.288/MG, rel. Min. **Ayres Britto**, DJ de 24/2/11; ADI nº 2350/GO, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, DJ de 30/4/2004). No caso dos autos, o projeto original já versava acerca da transposição de cargos públicos, mas essa transposição limitava-se a cargos do quadro do Poder Executivo.

4. Ação julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei nº 10.926/1998 do Estado de Santa Catarina.

Brasília, 6 de novembro 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 Procurador-Geral da República, em 4 de junho de 2004, tendo por objeto o art. 35 da Lei nº 10.926/1998 do Estado de Santa Catarina.

Eis o teor do dispositivo impugnado:

“Art. 35. Ficam transpostos do Quadro de Pessoal do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, com os respectivos ocupantes, para o Quadro Único de Pessoal da Administração Direta do Poder Executivo, com lotação na Secretaria de Estado da Fazenda - SEF, 02 (dois) cargos de provimento efetivo de Analista de Controle Externo.”

Em suas alegações, o autor afirma o seguinte:

a) pode-se consignar, nos termos do art. 75, **caput**, da Constituição Federal, que “os Tribunais de Contas dos Estados devem seguir, no que couber, o modelo jurídico constitucionalmente previsto para o Tri-

bunal de Contas da União” (fl. 3), nele incluso as atribuições previstas no art. 96, que trata da autonomia do Poder Judiciário;

b) dentre as atribuições previstas no art. 96, destaca-se a prerrogativa de propor projetos ao Poder Legislativo que versem acerca da criação e da extinção de seus cargos, bem assim da definição de remuneração dos seus membros e servidores;

c) “o legislador estadual, ao determinar a transposição de cargos de provimento efetivo da Corte de Contas Estadual para a Administração Direta do Poder Executivo, em realidade, extinguiu cargos do Quadro de Pessoal do Tribunal de Contas do Estado, em flagrante afronta à autonomia constitucionalmente assegurada a este Órgão Especial para dispor acerca da extinção de cargos em seu quadro funcional, nos termos do já mencionado art. 96. da Constituição da República” (fl. 3).

A Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina deixou de prestar as informações requisitadas, a teor da certidão de fl. 356.

O Governador do Estado (fls. 343/355), por sua vez, defendeu o não conhecimento do pedido, haja vista a revogação do decreto regulamentador da lei questionada antes do ajuizamento da ação direta.

Ressaltou, ademais, a impropriedade de utilização da ação de controle concentrado para combater atos de efeitos concretos.

O Advogado-Geral da União (fls. 359/365) manifestou-se pela procedência do pedido, em virtude da presença do vício de inconstitucionalidade de natureza formal.

Por seu turno, em congruência com a inicial, opinou o então Procurador-Geral da República (fls. 367/369) pelo reconhecimento da incompatibilidade do dispositivo com o Texto Magno, com fulcro nos mesmos argumentos ali esposados.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade em que se questiona a legitimidade de dispositivo da Lei estadual nº 10.926/1998 por meio do qual dois cargos de analista de controle externo foram transpostos do quadro de pessoal do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina para o grupamento funcional do Poder Executivo local.

Num primeiro momento, afasto as preliminares apontadas pelo Governador do Estado.

A anulação do decreto que regulamentou o ato normativo impugnado, mesmo em época anterior ao ajuizamento, **é irrelevante na apreciação da conservação do objeto da ação direta**. Não tem a retirada do decreto o condão de expurgar do ordenamento jurídico norma de escalão superior, permanecendo o texto legal vigente até que outro de igual hierarquia venha a ele substituir ou modificar.

Como bem ressaltou a Advocacia-Geral da União, “[a]qui se impugna tão-somente artigo da Lei nº 10.926, de 1988. E essa lei continua vigente. Pouco importa que seus efeitos não estejam sendo produzidos” (fl. 361).

Assim sendo, o objeto da presente ação – Lei estadual nº 10.926/1998 – permanece apto a ser analisado em juízo abstrato de constitucionalidade.

Outrossim, é descabida de fundamento a afirmação de que o dispositivo carrega ato de efeito concreto, o que o tornaria inidôneo para fins de controle perante esta Corte. Na linha de diversos precedentes constantes deste voto, o Supremo Tribunal Federal já adentrou no mérito de ações similares, **reconhecendo a existência de densidade normativa suficiente para o julgamento da matéria nesta sede**.

Ainda que assim não fosse, conforme entendimento firmado por esta Corte, “[a] lei não precisa de densidade normativa para se expor ao controle abstrato de constitucionalidade, devido a que se trata de ato de aplicação primária da Constituição. Para esse tipo de controle, exige-se densidade normativa apenas para o ato de natureza infralegal” (ADI nº 4.049/DF-MC, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJ de 8/5/09).

Rejeito, portanto, as preliminares suscitadas, passando à análise da questão de fundo ora em debate.

O artigo atacado originou-se de emenda aditiva ao projeto original patrocinada por parlamentar da Assembleia Legislativa, conforme foi noticiado na representação da Corte de Contas ao Procurador-Geral da República (fl. 9). **Vide:**

“A iniciativa de proposição do texto do art. 35, objeto desta Representação, partiu do Deputado Romildo Titon – líder do Governo na Assembleia Legislativa de Santa Catarina, através da Emenda Aditiva nº 8, de 31 de agosto de 1998 (cópia anexa), ao Projeto-de-lei nº 210/98, procedimento igualmente afrontoso ao art. 73 c/c art. 96 da Constituição Brasileira. Fato que só veio ao conhecimento do Tribunal de Contas do Estado após a publicação da Lei nº 10.926/98.”

Pelo que se verifica, há ofensa aos preceitos constitucionais que asseguram autonomia administrativa e capacidade de autogestão ao Tribunal de Contas do Estado, refletidas, dentre outras, na privatividade de iniciativa de proposições legislativas direcionadas à criação e à extinção de cargos públicos componentes do seu quadro de pessoal. É o que decorre da aplicação combinada dos arts. 73; 75 e 96, II, b, da Carta da República:

“Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, **exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.**”

“Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.”

“Art. 96. **Compete privativamente:**

(...)

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

(...)

b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juizes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver.”

Sobre a autonomia do Tribunal de Contas, vale reprisar as considerações que fiz quando da concessão da medida cautelar na ADI nº 4.418/TO, de minha relatoria. Confira-se:

“Ora, conforme reconhecido pela Constituição de 1988 e por esta Suprema Corte, gozam as Cortes de Contas do país das prerrogativas da autonomia e do autogoverno, o que inclui, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e funcionamento, como resulta da interpretação sistemática dos artigos 73, 75 e 96, II, ‘d’, da Constituição Federal.

Essa autonomia consubstancia garantia institucional que, segundo Paulo Bonavides, *‘a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade’* (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.537).

A exemplo de instituições como os Tribunais Judiciários, dotados de autogoverno, os Tribunais de Contas e o Ministério Público, da mesma forma, possuem autonomia funcional, administrativa e financeira, das quais decorre, inclusive, a prerrogativa de iniciativa de lei sobre organização e funcionamento desses órgãos autônomos. Portanto, **não se admite que a iniciativa de alteração legislativa na Lei Orgânica do Tribunal de Contas estadual advenha de proposta parlamentar**. José Afonso da Silva esclarece:

‘Para garantia de sua independência orgânica, a Constituição lhe confere o exercício das competências previstas para os tribunais judiciários, constantes do art. 96, no que couber, tais como: eleger seus órgãos diretivos; elaborar seu

regimento interno; dispor sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos administrativos; organizar sua secretaria e serviços auxiliares; prover, por concurso público de provas ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração de seus órgãos, salvo, quanto ao concurso, os de confiança, assim definidos em lei; conceder licença, férias e outros *afastamentos a seus membros e aos servidores que lhes sejam subordinados; propor ao Congresso Nacional a criação e extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, e de serviços auxiliares* (art. 73, *cl*c o art. 96).’ (**Comentário Contextual à Constituição**. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 469).

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes pronunciamentos deste Supremo Tribunal Federal:

‘(...) 3. *Vício formal de iniciativa no processo legislativo que deu origem à LC 142/99. A CB/88 estabelecendo que compete ao próprio Tribunal de Contas propor a criação ou extinção dos cargos de seu quadro, o processo legislativo não pode ser deflagrado por iniciativa parlamentar [artigos 73 e 96, inciso II, alínea].* 4. *Pedido julgado procedente para declarar inconstitucionais o § 6º do artigo 74 e o artigo 279, ambos da Constituição do Estado do Espírito Santo, com a redação que lhes foi atribuída pela Emenda Constitucional n. 17/99, e toda a Lei Complementar n. 142/99, que promoveu alterações na Lei Complementar n. 32/93, do mesmo Estado-membro*’ (ADI 1.994/ES, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJ de 8/9/06).

‘*O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na ‘intimidade estrutural’ dessa Corte de Contas, que se acha investida - até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73, caput, in fine) - da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente a sua organização, a sua estruturação interna, a definição do seu quadro de pessoal e a criação dos cargos respectivos*’ (ADI nº 789/DF, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJ de 19/12/94).

Com efeito, a garantia e a preservação da competência para iniciar o processo de elaboração, alteração ou revogação de leis que disponham sobre sua organização e seu funcionamento estão intimamente ligadas à independência

institucional que deve ser assegurada aos Tribunais de Contas, sendo meio eficaz para imunizá-los de pressões, tanto do Poder Executivo, como do Poder Legislativo, resguardando-se a essencialidade das atribuições que a Constituição lhe acomete.

Assim, ao impor ao Tribunal de Contas do Estado regramentos alusivos à sua forma de atuação, às suas competências e aos seus deveres e, consequentemente, ao afetar o seu modo de organização, o diploma impugnado não poderia ser de iniciativa do Poder Legislativo. Nesses termos, a iniciativa de lei para dispor sobre as matérias versadas na lei impugnada é reservada ao Tribunal de Contas, pois a ele cabe dispor sobre temas concernentes à sua estrutura orgânica, tais como, competências, funcionamento de seus órgãos, organização administrativa, dentre outras atividades atreladas à autonomia orgânico-administrativa e institucional necessárias para o desempenho de suas funções. Inadmissíveis, assim, interferências de outros órgãos estatais, até mesmo do Poder Legislativo” (Tribunal Pleno, DJe de 22/02/11).

Com efeito, a transposição de cargos operada pela legislação estadual acaba por vulnerar a prerrogativa do Tribunal de Contas de dispor – e propor alterações normativas – sobre seu quadro funcional.

O deslocamento de dois postos de trabalho para secretaria do Poder Executivo implica, necessariamente, a eliminação desses da composição do Tribunal de Contas, o qual não poderá suprir a sua falta senão por outra lei de criação de cargos. Assim sendo, não há dúvida de que tal situação, como visto, é obstada pela Constituição Federal.

O entendimento deste Supremo Tribunal Federal corrobora a tese da presença de **inconstitucionalidade formal**, bem como de ocorrência de ingerência indevida do Legislativo na esfera de autonomia do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. **Vide** precedente nesse sentido:

“EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei nº 5745, de 20.7.1993, do Estado do Maranhão, inciso I e anexo I do art. 1º. Situação funcional de servidores do extinto Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Maranhão. **Aproveitamento de cinco Auditores do Tribunal extinto, no Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, em virtude**

de emenda de origem legislativa ao projeto de lei do Executivo. 3. Não há qualquer iniciativa do Tribunal de Contas do Estado. Relevância dos fundamentos da ação direta de inconstitucionalidade. ‘Periculum in mora’ caracterizado. Medida cautelar deferida. 4. Parecer da Procuradoria-Geral da República pela extinção do processo sem julgamento do mérito e, caso ultrapassada a preliminar arguida, pela procedência da ação. 5. Preliminar de não conhecimento da ação afastada. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do inciso I e anexo I do art. 1º da Lei nº 5745, de 20.7.1993, do Estado do Maranhão” (ADI nº 1.044/MA, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Néri da Silveira**, DJ de 31/08/01).

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 6º DO ARTIGO 74 E ARTIGO 279 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI CONFERIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 17/99. ARTIGOS 25, §§, 26, 27, CAPUT E PARAGRÁFO ÚNICO, 28, §§, TODOS DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 32/93, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI CONFERIDA PELA LC N. 142/99. TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. CRIAÇÃO DO CARGO DE SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO. DISCREPÂNCIA DO MODELO DELINEADO NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 73, 75, PARAGRÁFO ÚNICO, 96, INCISO II, ALÍNEA “B”, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Estrutura dos Tribunais de Contas Estaduais. Observância necessária do modelo federal. Precedentes. 2. **Não é possível ao Estado-membro extinguir o cargo de Auditor na Corte de Contas estadual**, previsto constitucionalmente, e substituí-lo por outro cuja forma de provimento igualmente divirja do modelo definido pela CB/88.

3. **Vício formal de iniciativa no processo legislativo que deu origem à LC 142/99. A CB/88 estabelecendo que compete ao próprio Tribunal de Contas propor a criação ou extinção dos cargos de seu quadro, o processo legislativo não pode ser deflagrado por iniciativa parlamentar [artigos 73 e 96, inciso II, alínea b].** 4. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucionais o § 6º do artigo 74 e o artigo 279, ambos da Constituição do Estado do Espírito Santo, com a redação que lhes foi atribuída pela Emenda Constitucional n. 17/99, e toda a Lei Complementar n. 142/99, que promoveu alterações na Lei Complementar n. 32/93, do mesmo Estado-membro” (ADI nº 1.994/ES, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJ de 8/9/06).

Ademais, é importante ressaltar que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a Constituição Federal veda ao Poder Legislativo formalizar emendas a projetos de iniciativa exclusiva **se delas resultarem aumento de despesa pública ou se forem totalmente imperinentes com a matéria versada no projeto** (ADI nº 3.288/MG, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 24/2/11; ADI nº 2.350/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 30/4/04).

Conforme se observa nos documentos acostados à inicial, conquanto o projeto original – de iniciativa do Chefe Executivo – já versasse acerca da transposição de cargos públicos, **essa transposição se limitava a cargos do quadro funcional da própria administração direta, de autarquias ou fundações do Poder Executivo.**

Diante disso, a Assembleia Legislativa, ao emendar o projeto inicial, transpondo cargos de analista de controle externo do quadro de pessoal do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina para o grupamento funcional do Poder Executivo local, **promoveu aditamento de matéria estranha àquela constante do projeto.** Portanto, resta inegável o abuso perpetrado pela Casa Legislativa.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido e declaro a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei nº 10.926/1998 do Estado de Santa Catarina.

É como voto.

EXTRATO DE ATA - 06/11/2014

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.223

Procedência: Santa Catarina

Relator: Min. Dias Toffoli

Requerente: Procurador-Geral da República

Interessado: Governador do Estado de Santa Catarina

Interessado: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei nº 10.926/1998 do Estado de Santa Catarina. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio, que participa, a convite da Academia Paulista de Magistrados e da Universidade de Paris 1 – Sorbonne, do 7º Colóquio Internacional sobre o Direito e a Governança da Sociedade de Informação – “O Impacto da Revolução Digital sobre o Direito”, na Universidade de Paris 1 – Sorbonne, na França. Ausente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 06.11.2014.

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

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 851.609, de Santa Catarina

Relator: Min. Celso de Mello

Agravante: Luiza Schulze

Advogados: Carlos Berkenbrock e outros

Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Procurador-Geral Federal

EMENTA:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – **IMPOSIÇÃO DE MULTA** À PARTE RECORRENTE (CPC, ART. 557, § 2º), PELO ORGÃO JUDICIÁRIO DE ORIGEM – INTERPOSIÇÃO DO APELO EXTREMO – **PRÉVIO DEPÓSITO** DO VALOR DA MULTA **COMO REQUISITO** DE ADMISSIBILIDADE **DE NOVOS RECURSOS** – VALOR DA MULTA **NÃO** DEPOSITADO – RECURSO **NÃO CONHECIDO**, *MONOCRATICAMENTE*, PELO RELATOR – RECURSO DE AGRAVO **DEDUZIDO** CONTRA TAL DECISÃO – **PERSISTÊNCIA DA FALTA DE DEPÓSITO** DA MULTA – **RECURSO DE AGRAVO NÃO CONHECIDO**.

– O recorrente, *quando condenado* a pagar, à parte contrária, a multa a que se refere o § 2º do art. 557 do CPC, **somente** poderá interpor “*qualquer outro recurso*”, se efetuar o **depósito prévio** do valor correspondente à **sanção pecuniária** que lhe foi imposta.

A **ausência** de *comprovado recolhimento prévio* do valor da multa importará **em não conhecimento** dos recursos eventualmente interpostos, **eis** que a efetivação desse **depósito prévio atua como pressuposto objetivo de recorribilidade**. **Doutrina. Precedentes**.

– A **possibilidade** de imposição de multa, *quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo*, **encontra fundamento** em razões de caráter ético-jurídico, **pois**, além de **privilegiar** o postulado da lealdade processual, **busca imprimir** maior celeridade ao processo de administração da justiça,

atribuindo-lhe um coeficiente de maior racionalidade, **em ordem a conferir** efetividade à resposta jurisdicional do Estado.

A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC, **possui inquestionável função inibitória**, eis que visa a **impedir**, nas hipóteses referidas nesse preceito legal, o exercício irresponsável do direito de recorrer, **neutralizando**, *dessa maneira*, **a atuação processual** do “*improbus litigator*”.

– **A exigência** pertinente *ao depósito prévio* do valor da multa, **longe** de inviabilizar o acesso à tutela jurisdicional do Estado, **visa a conferir real efetividade** ao postulado da lealdade processual, **em ordem a impedir** que o processo judicial se transforme em instrumento de indevida manipulação pela parte que atua **em desconformidade** com os padrões e critérios normativos **que repelem atos atentatórios à dignidade da justiça** (CPC, art. 600) e **que repudiam** comportamentos **que se traduzem** na interposição de recursos **utilizados com intuito manifestamente protelatório** (CPC, art. 17, VII).
Doutrina.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Segunda Turma**, sob a Presidência do Ministro Teori Zavascki, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em não conhecer** do recurso de agravo, **nos termos** do voto do Relator.

Brasília, 16 de dezembro de 2014.

CELSO DE MELLO – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator):
Trata-se de recurso de agravo, tempestivamente interposto, **contra** decisão monocrática **que não conheceu** do agravo (**previsto e disciplinado na Lei nº 12.322/2010**) deduzido pela parte ora recorrente.

A parte ora agravante, ***inconformada com esse ato decisório, insiste, na presente sede recursal, no conhecimento*** do recurso de agravo, ***apoiando-se, para tanto, no fundamento*** por ela exposto em sua petição recursal.

Sendo esse o contexto, **submeto** à apreciação desta colenda Turma o **presente** recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO

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

Com efeito, a decisão impugnada em sede recursal extraordinária **negou provimento** a agravo regimental e **condenou** a parte ora agravante ao pagamento **de multa** de 5% (cinco por cento) sobre o valor corrigido da causa, **ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada** ao depósito do respectivo valor, **nos termos** do art. 557, § 2º, do CPC, **na redação** dada pela Lei nº 9.756/98, **que assim dispõe:**

“Art. 557 (...).

*§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado **multa** entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, **ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.**” (grifei)*

Ocorre, no entanto, que a agravante **não depositou** o valor correspondente à sanção processual que lhe foi imposta.

Torna-se importante enfatizar ***que a inovação introduzida*** no sistema processual pela Lei nº 9.756/98, **além** de encontrar fundamento em razões de caráter ético-jurídico (***privilegiando, desse modo, o postulado*** da

lealdade processual), **também busca** imprimir **celeridade** ao processo de administração da justiça, **atribuindo-lhe** um coeficiente **de maior racionalidade**, em ordem a conferir **efetividade** à resposta jurisdicional do Estado.

Esse entendimento – que destaca a “*ratio*” **subjacente** à norma inscrita no art. 557, § 2º, do CPC – **põe em evidência a função inibitória** da sanção processual **prevista** no preceito em causa, **que visa a impedir**, nas hipóteses nele referidas, o **exercício irresponsável** do direito de recorrer, **neutralizando**, *dessa maneira*, a atuação processual do “*improbis litigator*”.

Cabe referir, neste ponto, **a observação** feita por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (“As alterações do Código de Processo Civil introduzidas pela Lei nº 9.756, de 17.12.98”, “in” “Ciência Jurídica”, vol. 85/345-361, 358-359):

“Com essas inovações, as hipóteses de julgamento singular do relator se ampliaram, ao mesmo tempo que se instituíram medidas sancionatórias para desestimular o uso do inconformismo recursal como medida de simples retardamento do curso do processo.

.....
E para coibir o uso do agravo com fins meramente procrastinatórios, cuidou a mesma lei de instituir uma pena pecuniária severa para o recorrente temerário ou de má-fé.” (grifei)

Essa **mesma** compreensão **em torno** do significado e dos objetivos que o legislador visou **com a introdução** das inovações referidas, **destinadas** a adequar o processo judicial a parâmetros ético-jurídicos, **é também manifestada** por autorizado magistério doutrinário (NELSON NERY JÚNIOR/ROSA MARIA ANDRADE NERY, “Código de Processo Civil Comentado”, p. 1.074, 4ª ed., 1999, RT; J. E. CARREIRA ALVIM, “Novo Agravo”, p. 134/138, 3ª ed., 1999; HERMANN HOMEM DE CARVALHO ROENICK, “Recursos no Código de Processo Civil”, p. 226, 2ª ed., 1999, v.g.).

Impende destacar, *por expressivas*, as razões expostas por CLÁUDIO MASCARENHAS BRANDÃO (“Código de Processo Ci-

vil: as mudanças na legislação processual – L. 9.756, de 17.12.1998”, “in” “Revista Jurídica”, vol. 258/150-155, 151-152):

*“**Deve ser destacada a importante regra do § 2º, que sanciona o comportamento irresponsável da parte que teve o recurso apreciado pelo relator, condenando-a a pagar ao agravado multa que variará de 1 a 10% do valor atualizado da causa, no caso de ser o agravo manifestamente inadmissível ou infundado, constituindo o depósito do valor da multa aplicada pressuposto para o recebimento de qualquer outro recurso que desejar interpor.***

Sem dúvida, uma medida de destaque e que merece todos os encômios, pois afastará a chicana processual, o recurso manifestamente protelatório, condutas que devem sempre ser repelidas pelos julgadores.” (grifei)

O agravante – **quando condenado** pela Turma Recursal a pagar, à parte contrária, **a multa** a que se refere o § 2º do art. 557 do CPC – **so-**
mente poderá interpor “qualquer outro recurso”, **se efetuar o depósito prévio** do valor correspondente à sanção pecuniária que lhe foi imposta.

Esse depósito prévio da multa **qualifica-se como pressuposto de admissibilidade do novo** recurso que a parte, *eventualmente*, venha a interpor, **consoante ressalta**, em *precisa abordagem do tema*, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (“As Alterações do Código de Processo Civil introduzidas pela Lei nº 9.756, de 17.12.98”, “in” “Ciência Jurídica”, vol. 85/359):

*“Assim, quando levado o recurso contra a decisão do relator ao julgamento coletivo, o tribunal, ao não conhecê-lo ou ao improvê-lo, sob o reconhecimento de tratar-se de agravo ‘manifestamente inadmissível ou infundado’, imporá ao agravante ‘multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa’. Além disso, o litigante improbo **ficará**, na espécie, **sujeito** a recolher o valor da multa **como condição** para a interposição **de qualquer** outro recurso no processo. (§ 2º).” (grifei)*

Isso significa, portanto, conforme adverte o magistério da doutrina (J. E. CARREIRA ALVIM, “Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual”, p. 98/100, item n. 22, 3ª ed., 1999, Del Rey; HERMANN HOMEM DE CARVALHO ROENICK, “Recursos no

Código de Processo Civil”, p. 226, 2ª ed., 1999, AIDE; ARAKEN DE ASSIS, “**Manual dos Recursos**”, , p. 183/185, item n. 19.4.4, 3ª ed., 2011, RT, *p. ex.*), **que a ausência de comprovado recolhimento** do valor da multa **importará em não conhecimento** do recurso interposto, eis que a efetivação desse **depósito prévio** atua **como inderrogável** pressuposto objetivo de recorribilidade, **tal como assinalam**, em *correto magistério*, NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY (“**Código de Processo Civil Comentado**”, p. 1.074, nota n. 23, 4ª ed., 1999, RT):

*“**Interposição de outro recurso.** Reconhecido o caráter protelatório ou infundado do agravo interno, o agravante **somente** poderá interpor **outro** recurso, nos mesmos autos, **se pagar a multa** a que tiver sido condenado. **Trata-se de medida assemelhada àquela prevista no CPC 268, ‘caput’, onde se exige o depósito das custas e honorários da ação anterior, para que o autor possa repropor ação extinta com fundamento no CPC 267.” (grifei)***

No caso ora em exame, a exigência legal **concernente ao prévio** depósito do valor da multa **não foi cumprida** pela parte agravante, **que, com essa omissão, deixou** de satisfazer **um** dos requisitos legais de admissibilidade recursal.

Sem que a parte **que sofreu** a imposição da multa **efetue, previamente**, o depósito exigido, **não há** como conhecer **do novo** recurso por ela interposto.

Nem se sustente que a imposição legal **de depósito prévio** do valor da multa **seria** inconstitucional, **pelo fato** de tal exigência **supostamente** frustrar o exercício, pela parte recorrente, do direito à ampla defesa, **bem assim** da prerrogativa **de exaurir** todas as vias recursais, **sem** obstáculos indevidos.

Cabe lembrar, neste ponto, **a decisão** proferida **pelo Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **no julgamento** do pedido de medida cautelar formulado **na ADI 836/DF**, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, **ocasião** em que esta Corte **repeliu**, por **ausência** de plausibilidade jurí-

dica, **a tese** da inconstitucionalidade de diploma legislativo, que, no contexto de causas trabalhistas e em determinadas situações, **condiciona o exercício** do direito de recorrer e de opor embargos à execução **à prévia** efetivação do depósito de certa quantia em dinheiro.

Esse **mesmo** entendimento veio a ser reiterado pelo **Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **quando** do julgamento do pedido de medida cautelar **deduzido na ADI 884/DF**, Rel. Min. FRANCISCO REZEK:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO A RECURSO DE ÍNDOLE TRABALHISTA.

Lei federal que estipula novos limites de depósitos prévios a recursos trabalhistas. Hipótese idêntica à da ADIn 836-6.

Medida liminar indeferida.” (grifei)

Em **ambos** os julgamentos, o eminente Ministro FRANCISCO REZEK, Relator, **assim se pronunciou** sobre essa específica questão:

*“**Não me parece** que a exigência de depósito atente contra a prerrogativa que a Constituição assegura. **Mesmo quando o depósito** que se exige dentro de determinada trilha processual não seja estritamente destinado a garantir a execução. Ele pode não ter esse propósito, **mas não há de ser entendido**, pelo só fato de existir, **como um obstáculo** à fluência normal dos recursos.” (grifei)*

Note-se que a norma inscrita no art. 557, § 2º, do CPC, **na redação** dada pela Lei nº 9.756/98, **especialmente** quando analisada **na perspectiva** dos recursos manifestados **perante** o Supremo Tribunal Federal, **não importa em frustração** do direito de acesso ao Poder Judiciário, **mesmo porque** a exigência de depósito prévio **tem por única finalidade coibir os excessos, os abusos e os desvios** de caráter ético-jurídico **em que** haja incidido o “*improbus litigator*”, **trate-se** de parte pública **ou cuide-se** de parte privada.

A exigência pertinente **ao depósito prévio** do valor da multa, **longe** de inviabilizar o acesso à tutela jurisdicional do Estado, **visa a con-**

ferir real efetividade ao postulado da lealdade processual, **em ordem a impedir** que o processo judicial se transforme em instrumento de **ilícita** manipulação pela parte que atua **em desconformidade** com os padrões e critérios normativos **que repelem atos atentatórios à dignidade da justiça** (CPC, art. 600) e **que repudiam** comportamentos caracterizadores de litigância maliciosa, **como aqueles** que resultam de interposição recursal **com intuito** manifestamente protelatório (CPC, art. 17, VII).

Daí a precedente observação feita por NELSON NERY JÚNIOR e por ROSA MARIA ANDRADE NERY (“Código de Processo Civil Comentado”, p. 425, nota n. 19, 4ª ed., 1999, RT):

*“**Recurso manifestamente infundado.** O direito de recorrer é constitucionalmente garantido (CF 5º LV). No entanto, o abuso desse direito **não pode ser tolerado** pelo sistema. Esta é a razão pela qual **é correta e constitucional** a previsão do CPC 17 VII. Entendíamos que a interposição de recurso manifestamente infundado já se encontrava prevista no CPC 17 VI, conforme comentário a esse dispositivo, acima. O recurso é manifestamente infundado **quando o recorrente tiver a intenção deliberada de retardar o trânsito em julgado da decisão, por espírito procrastinatório.** É também manifestamente infundado quando destituído de fundamentação razoável ou apresentado sem as imprescindíveis razões do inconformismo. O recurso é, ainda, manifestamente infundado quando interposto sob fundamento contrário a texto expresso de lei ou a princípio sedimentado da doutrina e jurisprudência.” (grifei)*

O ordenamento jurídico brasileiro **repele** práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. **Na realidade**, o processo deve ser visto, *em sua expressão instrumental*, **como um importante meio** destinado a viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, **achando-se impregnado, por isso mesmo, de valores básicos** que lhe ressaltam os fins eminentes a que se acha vinculado.

O processo **não pode** ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, **pois essa** é uma ideia que se revela frontalmente contrária ao de-

ver de probidade **que se impõe** à observância das partes. **O litigante de má-fé** – *trate-se* de parte pública **ou** *cuide-se* de parte privada – **deve** ter a sua conduta sumariamente **repelida** pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, **que não podem tolerar o abuso processual** como prática **descaracterizadora** da essência ética do processo.

Cabe registrar, *ainda*, que o Supremo Tribunal Federal, **ao apreciar** a questão concernente **ao prévio** recolhimento da multa **imposta** nos termos do art. 557, § 2º, do CPC, **definiu-o como requisito de cognoscibilidade do novo** recurso que venha a ser interposto pela parte sucumbente (RTJ 175/816), **proferindo**, *então*, decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

“RECURSO MANIFESTAMENTE INFUNDADO – ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – IMPOSIÇÃO DE MULTA À PARTE RECORRENTE (CPC, ART. 557, § 2º, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.756/98) – PRÉVIO DEPÓSITO DO VALOR DA MULTA COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DE NOVOS RECURSOS – VALOR DA MULTA NÃO DEPOSITADO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS.

MULTA E ABUSO DO DIREITO DE RECORRER.

– *A possibilidade de imposição de multa, quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, encontra fundamento em razões de caráter ético-jurídico, pois, além de privilegiar o postulado da lealdade processual, busca imprimir maior celeridade ao processo de administração da justiça, atribuindo-lhe um coeficiente de maior racionalidade, em ordem a conferir efetividade à resposta jurisdicional do Estado.*

A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC, possui inquestionável função inibitória, eis que visa a impedir, nas hipóteses referidas nesse preceito legal, o exercício irresponsável do direito de recorrer, neutralizando, dessa maneira, a atuação processual do ‘improbus litigator’.

O EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER E A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

– *O ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual.*

O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma ideia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé – trate-se de parte pública ou de parte privada – deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo.

O DEPÓSITO PRÉVIO DA MULTA CONSTITUI PRESSUPOSTO OBJETIVO DE ADMISSIBILIDADE DE NOVOS RECURSOS.

– O agravante – quando condenado pelo Tribunal a pagar, à parte contrária, a multa a que se refere o § 2º do art. 557 do CPC – somente poderá interpor ‘qualquer outro recurso’, se efetuar o depósito prévio do valor correspondente à sanção pecuniária que lhe foi imposta.

A ausência de comprovado recolhimento do valor da multa importará em não conhecimento do recurso interposto, eis que a efetivação desse depósito prévio atua como pressuposto objetivo de recorribilidade. Doutrina.

– A exigência pertinente ao depósito prévio do valor da multa, longe de inviabilizar o acesso à tutela jurisdicional do Estado, visa a conferir real efetividade ao postulado da lealdade processual, em ordem a impedir que o processo judicial se transforme em instrumento de ilícita manipulação pela parte que atua em desconformidade com os padrões e critérios normativos que repelem atos atentatórios à dignidade da justiça (CPC, art. 600) e que repudiam comportamentos caracterizadores de litigância maliciosa, como aqueles que se traduzem na interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório (CPC, art. 17, VII).

A norma inscrita no art. 557, § 2º, do CPC, na redação dada pela Lei nº 9.756/98, especialmente quando analisada na perspectiva dos recursos manifestados perante o Supremo Tribunal Federal, não importa em frustração do direito de acesso ao Poder Judiciário, mesmo porque a exigência de depósito prévio tem por única finalidade coibir os excessos, os abusos e os desvios de caráter ético-jurídico nos quais incidiu o improbus litigator.”

(RE 246.564-AgR-ED/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Esse **mesmo** entendimento **tem sido acolhido** pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS A ACÓRDÃO QUE JULGOU AGRAVO REGIMENTAL E APLICOU A MULTA PREVISTA NO ART. 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DEPÓSITO. NÃO CONHECIMENTO.

1 – Conforme o disposto no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil, com redação da Lei nº 9.756/98, quando aplicada a multa nele prevista, a interposição de qualquer outro recurso fica condicionada ao depósito do respectivo valor.

2 – Embargos de declaração não conhecidos em virtude da ausência de comprovação do respectivo depósito.”

(**AI 215.829-ED/AL**, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES – grifei)

Assinalo, *finalmente*, que o fato de o ora agravante ser beneficiário da gratuidade **não o exonera** da obrigação de satisfazer a sanção que lhe foi imposta (**AI 508.661-AgR-ED-EDv-AgR/MG**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **RE 286.512-AgR-ED/CE**, Rel. Min. CEZAR PELUSO – **RE 434.227/AM**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, *v.g.*).

Sendo assim, e considerando as razões expostas, **não conheço** do presente recurso de agravo, **mantendo**, em consequência, **por seus próprios fundamentos**, a decisão ora agravada.

É o meu voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 851.609

Procedência: Santa Catarina

Relator: Min. Celso de Mello

Agravante: Luiza Schulze

Advogados: Carlos Berkenbrock e Outros

Agravado: Instituto Nacional Do Seguro Social - INSS

Procurador: Procurador-Geral Federal

Decisão: A Turma, por votação unânime, não conheceu do recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. **2ª Turma**, 16.12.2014.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Ravena Siqueira
Secretária

**SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

Recurso em Mandado de Segurança n. 15.400 – SC (2002/0127828-0)

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Recorrente: Sindicato dos Oficiais de Justiça Avaliadores do
Estado de Santa Catarina – SINDOJUS/SC

Advogados: Rudi Meira Cassel, Jean Paulo Ruzzarin e Outros

Tribunal de Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado
de Santa Catarina

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procurador: Vitor Antônio Melillo e Outros

EMENTA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OFICIAIS DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. CUMPRIMENTO DE MANDADOS DE GRATUIDADE JUDICIÁRIA. GRATIFICAÇÃO DE DILIGÊNCIA. LEI ESTADUAL N. 5.624/79. SUFICIÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DAS CUSTAS E DESPESAS. *BIS IN IDEM*.

1. É certo que é dever do Estado (e não de seus servidores) a garantia das despesas processuais àqueles juridicamente necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal.

2. Havendo pagamento mensal de gratificação aos oficiais de justiça, justamente para o ressarcimento de despesas extras de diligências, como se dá em processos demandados por beneficiários da justiça gratuita, tem-se o ressarcimento adequado das despesas, sob pena de indevido *bis in idem*.

3. O pagamento há muitos anos da gratificação constitui ressarcimento certo das despesas, que não permite inferir se esteja descumprindo previsão de antecipação legal.

4. A Lei Estadual n. 5.624/79 criou a gratificação de diligência, *no percentual de 20% (vinte por cento) sobre seus vencimentos, destinada ao custeio das despesas feitas em razão de diligências, o que dispensa tal adiantamen-*

to, o qual, em regra geral, seria de incumbência do Poder Público (RMS 16.894SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2004, DJ 07/06/2004, p. 159).

5. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJSP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pelo SINDICATO DOS OFICIAIS DE JUSTIÇA AVALIADORES DO ESTADO DE SANTA CATARINA – SINDOJUS/SC em face do acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, assim ementado (fl. 138):

MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGAÇÃO DOS OFICIAIS DE JUSTIÇA DE QUE VÊM SUPORTANDO, COM RECURSOS PRÓPRIOS, AS DESPESAS COM TRANSPORTE E COMBUSTÍVEL PARA O CUMPRIMENTO DOS ATOS JUDICIAIS. ORDENADOS PELOS TITULARES DAS VARAS CRIMINAIS, DA INFÂNCIA E JUVENTUDE,

JUIZADOS ESPECIAIS, E NOS CASOS EM QUE DEFERIDO O BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PEDIDO DE ADIANTAMENTO DAS DESPESAS. INADMISSIBILIDADE. GRATIFICAÇÃO INSTITUÍDA PELO ART. 386 DO CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA COM A FINALIDADE CUSTEÁ-LAS. SEGURANÇA DENEGADA.

Por força de norma estadual expressa, os oficiais de justiça percebem gratificação de diligência, para custear as despesas necessárias ao cumprimento dos atos que lhes forem ordenados.

Os embargos de declaração opostos foram acolhidos para sanar omissão quanto à percepção da gratificação de diligência pelos oficiais de justiça nas causas em que deferida a assistência judiciária gratuita (fls. 220/224).

Em suas razões recursais, alega que *a decisão recorrida contrariou o entendimento e o espírito da Lei Federal, nº 1060/1950, pois tratando-se de um direito outorgado aos mais necessitados, estes encargos devem ser suportados pelo Ente Público e não pelos Serventuários da Justiça* (fl. 237).

Pede, ao final, a reforma do acórdão recorrido para *determinar que o Estado cumpra a sua obrigação antecipando as custas e despesas dos Oficiais de Justiça, nas ações em que for concedido o benefício da Assistência Judiciária Gratuita – Lei 1060/50, nas Ações Criminais, nas Ações de Competência da Vara da Família, nas Ações da competência da Vara da Infância e Juventude, e da Fazenda Pública, Juizados Especiais e nos Juizados onde for imposta por lei especial a gratuidade, obedecida a Tabela de Diligências em vigor no Estado de Santa Catarina* (fl. 253).

Contrarrazões às fls. 272/274.

Nesta instância superior, o Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso (fls. 292/295).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

A então Associação Catarinense dos Oficiais de Justiça, ACOJ, hoje Sindicato dos Oficiais de Justiça Avaliadores do Estado de Santa Catarina – SINDOJUS/SC, impetrou mandado de segurança preventivo ante a iminência de os oficiais de justiça substituídos sofrerem processos disciplinares, ao certificarem que estão arcando com as despesas decorrentes do cumprimento de mandados judiciais promovidos por beneficiários da justiça gratuita.

Pleiteavam a concessão da ordem para *o fim de o Estado pagar as diligências dos Oficiais de Justiça nas ações em que em for concedido o benefício da Assistência Judiciária Gratuita – Lei 1060/50, nas Ações Criminais, nas Ações de Competência da Vara da Família, nas Ações de competência da Vara de Infância e Juventude e da Fazenda Pública, nos Juizados Especiais e nos Juizados onde for imposta por lei especial a gratuidade, obedecida a Tabela de Diligências em vigor, Resolução nº 6/94 – Conselho da Magistratura de S. Catarina (dispõe sobre o valor da condução a ser pago aos oficiais de Justiça, avaliadores)* (fl. 15).

O Tribunal de Justiça local denegou a ordem ao seguinte fundamento, *verbis* (fl. 140):

Inobstante a existência de interpretações divergentes acerca da natureza jurídica da gratificação de diligência, a que fazem jus os oficiais de justiça, com exercício nas varas criminais e da fazenda pública, no percentual de 20% sobre seus vencimentos, exatamente para fazer face a despesas que tal, é inegável que possui caráter reparatório, singularidade que, por óbvio, desautoriza a exigência de depósito para o custeio dos atos cuja prática lhes tenha sido ordenada, a teor do estatuído no art. 386 da Lei n. 5.624/79 – CDOJESC.

É certo que é dever do Estado (e não de seus servidores) a garantir das despesas processuais àqueles juridicamente necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal.

Ocorre que, no caso específico, os oficiais de justiça de Santa Catarina já recebem gratificação de diligência, justamente para cobrir tais despesas, como se vê do art. 356 da Lei Estadual n. 5.624/79:

Art. 356 – Os Oficiais de Justiça com exercício nas Varas do Crime, e da Fazenda Pública e de Menores terão direito a uma gratificação de diligência de 20% (vinte por cento) sobre o vencimento.

A questão não é nova neste Superior Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REVOGAÇÃO DE PORTARIA. EXECUÇÃO FISCAL. OFICIAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. DISPENSA DO ADIANTAMENTO DE CUSTAS. EXEGESE DA GRATIFICAÇÃO DE 20% ESTABELECIDADA PELO ART. 356 DA LEI ESTADUAL 5.624/79. DESNECESSIDADE. ART. 39 DA LEI Nº 6.830/80. PRECEDENTES.

1. Mandado de segurança impetrado no intuito de revogar o art. 2º da Portaria nº 001/02/GJ, de 18/01/2002, sob o argumento de que os filiados da Associação Catarinense dos Oficiais de Justiça do Estado de Santa Catarina estão sendo obrigados a dar cumprimento às diligências das execuções fiscais, independentemente do recolhimento antecipado de custas.

2. Quanto à exegese da gratificação estabelecida pelo art. 356 da Lei nº 5.624/79, a Fazenda Pública do Estado de Santa Catarina, especificamente, não pode ser obrigada a antecipar as custas, haja vista que os Oficiais de Justiça daquele Estado já recebem uma gratificação extra, no percentual de 20% (vinte por cento) sobre seus vencimentos, destinada ao custeio das despesas feitas em razão de diligências, o que dispensa tal adiantamento, o qual, em regra geral, seria de incumbência do Poder Público (União, Estados e Municípios).

3. Precedentes desta Corte Superior.

4. Recurso não provido.

(RMS 16.894/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2004, DJ 07/06/2004, p. 159 – grifo nosso)

Assim, havendo o recebimento mensal de gratificação destinada a suprir as despesas extras com diligências, a pretensão de novas verbas traria indevido *bis in idem*.

Quanto ao momento do pagamento das despesas de diligências a assistidos pela gratuidade judiciária, ainda que pela gratificação aos oficiais de justiça, dando-se o recebimento mensal, por longos anos, tem-se ressarcimento certo, que não permite inferir esteja descumprindo previsão de antecipação legal.

A especificidade da situação dos oficiais de justiça de Santa Catarina, que já recebem há muitos anos a gratificação de diligência, criada pela Lei Estadual n. 5.624/79, ao que tenho, está em consonância com a atual recomendação do Conselho Nacional de Justiça, órgão constitucionalmente instituído para o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário (art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal), como se verifica da Resolução CNJ n. 153, 6 de julho de 2012:

Resolução nº 153, de 06 de julho de 2012

Estabelece procedimentos para garantir o recebimento antecipado de despesas de diligências dos oficiais de justiça

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,

CONSIDERANDO a necessidade de regular os procedimentos de desembolso inerentes às despesas de diligências dos oficiais de justiça nas ações judiciais que envolvam a Fazenda Pública, o Ministério Público e os beneficiários da assistência judiciária gratuita;

CONSIDERANDO que as despesas com diligências de oficiais de justiça não se confundem com custas judiciais;

CONSIDERANDO a necessidade de garantir aos oficiais de justiça o recebimento justo, correto e antecipado das despesas com diligências que devam cumprir;

CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Pedido de Providências 0000830-73.2012.2.00.0000, na 148ª Sessão Ordinária, realizada em 5 de junho de 2012;

RESOLVE:

Art. 1º Os Tribunais devem estabelecer procedimentos para garantir o recebimento antecipado do valor necessário para o custeio de diligência nos processos em que o pedido seja formulado pela Fazenda Pública, Ministério Público ou beneficiário da assistência judiciária gratuita, pelo oficial de justiça.

Art. 2º Os Tribunais devem incluir, nas respectivas propostas orçamentárias, verba específica para custeio de despesas dos oficiais de justiça para o cumprimento das diligências requeridas pela Fazenda Pública, Ministério Público ou beneficiário da assistência judiciária gratuita.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro AYRES BRITTO

Não vejo, pois, ilegalidades a reparar.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso ordinário.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

SEXTA TURMA

Número Registro: 2002/0127828-0 **PROCESSO ELETRÔNICO
RMS 15.400/SC**

Número Origem: 20000214809

PAUTA: 02/10/2014

JULGADO: 02/10/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: SINDICATO DOS OFICIAIS DE JUSTIÇA AVALLADORES DO ESTADO DE SANTA CATARINA – SINDOJUS/SC
ADVOGADOS: RUDI MEIRA CASSEL, JEAN PAULO RUZZARIN E OUTROS

TRIBUNAL DE ORIGEM: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

IMPETRADO: DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RECORRIDO: ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADOR: VITOR ANTÔNIO MELILLO E OUTROS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Servidor Público Civil

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). SÉRGIO LAGUNA PEREIRA, pela parte RECORRIDA: ESTADO DE SANTA CATARINA e Dr(a). RUDI MEIRA CASSEL, pela parte RECORRENTE: SINDICATO DOS OFICIAIS DE JUSTIÇA AVALLADORES DO ESTADO DE SANTA CATARINA - SINDOJUS/SC

CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

**Recurso em Mandado de Segurança n. 45.529 – SC
(2014/0110510-3)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Marta Vainchenker

Advogado: José Mauro Varella e Outros

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procurador: Ivan São Thiago de Carvalho e Outros

Recorrido: Teresa Maria da Silva Figueiredo

Advogado: Vinícius Toresan

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. SERVIDOR ESTADUAL. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA SUBSTITUIÇÃO DE SERVIDOR AFASTADO POR LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. INEXISTÊNCIA. VAGA PARA NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança ao pleito mandamental de nomeação de candidata aprovada fora da única vaga prevista, que alegava preterição por contratação temporária pretérita.
2. A recorrente foi aprovada em 2º lugar no concurso público para uma única vaga no cargo de médico especialista em anatomia patológica, regrado pelo Edital SES n. 001/2012; porém, havia uma contratação temporária, efetivada antes da realização do concurso público, regrada pelo Edital SES n. 075/2009.
3. A Constituição Federal - no inciso IX do art. 37 - e a Constituição Estadual - no § 2º do art. 21 - determinam a edição de lei para regrear as contratações temporárias. No Estado de Santa Catarina, a Lei Complementar n. 260/2004 prevê equilíbrio entre a demanda temporária e a manutenção da exigência constitucional - insculpido no art. 37, II da Carta Magna - de concurso público prévio para o provimento em cargos públicos efetivos.
4. Do exame dos autos não se verifica a burla aos dispositivos jurídicos. A impetrante foi aprovada fora da única vaga prevista, tendo sido a contratação

temporária pretérita ao concurso público e, ainda mais, fundada em motivo público comprovado, ou seja, garantir o suprimento de serviço na falta de servidor afastado para fruição de licença para tratamento de saúde. A jurisprudência do STJ firma para caracterizar a burla à expectativa de direito do candidato. Precedente: RMS 44.191/TO, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 18.12.2013.

5. Também é necessária a comprovação da existência de cargo vago, o que não ocorre, pois a contratação temporária se deu para substituir servidor afastado por motivo de saúde e, logo, não existe a desocupação da vaga pretendida. Precedentes: RMS 44.475/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.2.2014; e AgRg no RMS 40.676/AC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.6.2013.

Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente) e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). PATRÍCIA KELEN DA COSTA DREYER, pela parte RECORRENTE: MARTA VAINCHENKER.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2014 (Data do Julgamento).

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por MARTA VAINCHENKER, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que possui a seguinte ementa (fl. 178, e-STJ):

“MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE - MÉDICO ESPECIALISTA EM ANATOMIA PATOLÓGICA - CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE TERCEIRO PARA EXERCER FUNÇÕES IDÊNTICAS CELEBRADA ANTES DA REALIZAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO - PRORROGAÇÕES DO CONTRATO DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME - AUSÊNCIA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DE CARGO DE PROVIMENTO EFETIVO VAGO - INVIABILIDADE DE NOMEAÇÃO - ORDEM DENEGADA. O candidato aprovado em concurso público, fora do número de vagas previstas no edital, tem expectativa de direito que pode se converter em direito subjetivo à nomeação se, no prazo de validade do concurso, sobrevier a vacância de cargos ou a contratação temporária fundada no art. 37, inciso IX, da Carta Magna. Todavia, a contratação temporária celebrada antes da realização do concurso público e prorrogada dentro do prazo de validade do certame, não convola a expectativa de direito em direito líquido e certo à nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, sobretudo quando ele não comprova de plano a existência de cargo de provimento efetivo vago até porque a contratação temporária, no caso, se destinava à substituição de servidor em gozo de afastamento legal para tratamento de saúde.”

Na petição de recurso ordinário, a recorrente alega que teria direito à nomeação ao cargo público por preterição. Argumenta que estaria aprovada fora das vagas previstas, mas que teria ocorrido contratação temporária e, assim, violada a Súmula 15/STF. Postula que a contratação

temporária, no caso, violaria o parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar Estadual n. 260/2004. Também, alega que as sucessivas prorrogações do contrato dão azo à localização do seu direito líquido e certo (fls. 199-200, e-STJ). Pediu liminar.

Contrarrazões do ESTADO DE SANTA CATARINA nas quais se alega não haver o direito líquido e certo pretendido, uma vez que a candidata teria sido aprovada fora das vagas previstas. Ademais, a contratação temporária não se confundiria com preterição e - no momento de produção das contrarrazões - não mais existiria (fls. 231-233, e-STJ).

Contrarrazões de TERESA MARIA DA SILVA FIGUEIREDO nas quais se alega preliminares. Pede que seja reconhecida a carência de ação pela inexistência de plano de direito líquido e certo. Alega que teria havido a perda do objeto, uma vez que o contrato temporário teria terminado. Pede sua exclusão do polo passivo da demanda, pois não seria parte legítima. No mérito, alega que as duas funções de médico que desempenhava seriam complementares e lícitas (fls. 235-254, e-STJ).

O pedido de liminar foi indeferido. Transcrevo a ementa da decisão (fl. 265, e-STJ):

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. NECESSIDADE DE DETIDA ANÁLISE DO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. LIMINAR INDEFERIDA. REMESSA DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA EMISSÃO DE PARECER.”

Parecer do Ministério Público Federal que opina no sentido do não provimento do recurso ordinário, pela inexistência de preterição no caso de contratação temporária para substituir servidor efetivo que estava em licença para tratamento de saúde (fls. 272-276, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Deve ser negado provimento ao recurso ordinário.

Início pelas preliminares suscitadas pela recorrida, que figura como litisconsorte passiva necessária. A parte alega que o recurso deveria ser extinto por carência de ação, uma vez que não haveria, de plano, o direito líquido e certo postulado, bem como porque não mais existiria o contrato temporário que daria base à controvérsia. Além disso, pede sua exclusão do polo passivo.

Não é possível extinguir o feito sem exame do mérito, uma vez que a ausência, ou não, de direito líquido e certo, é tema que só pode ser definido após a apreciação do recurso ordinário. Ainda, o fim do contrato temporário - em si mesmo - não é suficiente para ensejar o término de uma alegada preterição.

No mais, como o contrato temporário em questão tinha a recorrida como contratada, é de rigor sua manutenção no polo passivo, porquanto possui o interesse jurídico na declaração de licitude da avença.

Em suma, rejeito as preliminares.

Passo ao mérito.

Informam os autos que a impetrante foi aprovada e classificada no concurso público para o cargo de médico especialista em anatomia patológica, regrado pelo Edital SES n. 001/2012. O referido edital somente previa uma vaga para o cargo em disputa. Contudo, havia uma contratação temporária, antes da realização do concurso público, regrada pelo Edital SES n. 075/2009.

A impetrante alega que a renovação do contrato temporário em questão daria ensejo à sua nomeação, em razão de preterição, com base

no teor da Súmula 15/STF e por violar o parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar Estadual n. 260/2004.

Não é o caso.

Como consignou o Tribunal de origem, a contratação temporária na administração pública possui amparo no inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, que transcrevo:

“Art. 37. (...)

(...)

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;”

A mesma disposição está prevista no § 2º do art. 21 da Constituição do Estado de Santa Catarina:

“Art. 21. (...)

(...)

§ 2º A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.”

No Estado de Santa Catarina, existe previsão - Lei Complementar Estadual n. 260/2004 - para a contratação de pessoal temporário. A referida Lei possui previsões de equilíbrio entre a demanda temporária e a manutenção da higidez da exigência constitucional - insculpido no art. 37, II da Carta Magna - de concurso público prévio para provimento em cargos públicos efetivos.

Na mencionada Lei Complementar Estadual n. 260/2004, o *caput* do art. 1º, combinado com o inciso II e o *caput* do art. 2º permitem a contratação temporária em razão de demanda comprovada de serviço público, ao passo que o seu parágrafo único veda a contratação temporária, acaso haja candidato aprovado em vagas previstas de concurso público. Transcrevo os dispositivos:

“Art. 1º Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Pública Estadual Direta e Indireta poderão contratar pessoal por tempo determinado, nas condições previstas nesta Lei Complementar.

Parágrafo único. A contratação a que se refere este artigo somente será possível se ficar comprovada a impossibilidade de suprir a necessidade temporária com o pessoal do próprio quadro e desde que não reste candidato aprovado em concurso público aguardando nomeação.

(...)

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

(...)

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

Todavia, do exame dos autos não se verifica a burla ao dispositivo legal. A impetrante foi aprovada fora da única vaga prevista. A contratação temporária é pretérita ao concurso público e, ainda mais, estaria fundada em motivo comprovado, ou seja, suprir a falta de servidor afastado para fruição de licença para tratamento de saúde (fls. 188-189, e-STJ):

“Segundo porque, para tornar subjetivo e líquido e certo o direito da impetrante à nomeação, seria necessário que ela comprovasse, por prova pré-constituída, a existência de cargo público vago e a respectiva preterição pela contratação de servidor temporário, o que não ocorreu, sobretudo porque, como se disse, a celebração do contrato temporário da litisconsorte passiva necessária é anterior à realização do concurso público em que a impetrante foi aprovada em 2º lugar (fora do número de vagas oferecidas pelo edital) e, como consta da resposta: oferecida pela referida litisconsorte, que contratação se deu para substituir servidor que teve afastamento legal em razão de problemas de saúde, o que perdura até hoje.

(...)

Logo, não pode haver provimento de cargo sem que este tenha sido criado por lei. E preciso que exista um cargo vago, portanto, para que o candidato possa ser nomeado e empossado. O fato de a Secretaria de Estado da Saúde ter prorrogado diversas vezes o contrato temporário da litisconsorte, passiva necessária para exercer função idêntica, não leva necessariamente à conclusão de que existem cargos vagos, criados por lei, para tal função.

Era da impetrante, classificada fora do número de vagas previstas no edital, o ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito, inclusive a existência da vaga no cargo para que possa ser nomeada e empossada (art. 6º, da Lei Federal nº 12.016/2009), mormente porque não é possível preencher cargo público inexistente. É verdade que pode ter ocorrido a vacância de outro cargo ou a criação, por lei, de outros. Mas tudo precisaria ser comprovado pela parte impetrante, o que não ocorreu.”

No mesmo sentido, opina o *Parquet* Federal (fls. 273-274, e-STJ):

“Como bem afirmado pela corte de origem, a recorrente não trouxe a necessária prova pré-constituída apta a demonstrar a ilegalidade das alegadas contratações temporárias realizadas pelo recorrido.

(...)

Como apontado acima, não há provas de que a necessidade de servidores seja permanente, porque a contratação temporária se justificou para substituir servidor afastado por problemas de saúde, de acordo com as informações prestadas pela litisconsorte passiva necessária (fls. 161).”

De fato, infere-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a necessidade de que seja demonstrada a ilegalidade da contratação temporária, ou seja, a burla à expectativa de direito do candidato:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. *Discute-se no mandamus o direito à nomeação de candidata classificada fora do número de vagas em concurso para o cargo de Técnico em Enfermagem do Estado do Tocantins.*

2. *A jurisprudência do STJ manifesta-se pela necessidade de que o candidato aprovado fora do número de vagas constante do edital comprove, de maneira efetiva, a existência de cargos vagos e a contratação ilegal de servidores temporários em quantitativo suficiente para a nomeação, o que não ocorreu na espécie.*

(...)

4. *Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.”*

(RMS 44.191/TO, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 10.12.2013, DJe 18.12.2013.)

Além disso, também é necessário que seja comprovada a existência de cargo vago, o que não ocorre na espécie, pois a contratação temporária se deu para substituir servidor afastado por motivo de saúde e, logo, não existe a vaga pretendida.

A propósito:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO. APROVAÇÃO. PRETENSÃO. NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO. CONTRATAÇÃO. TEMPORÁRIA. TERCEIROS. EXISTÊNCIA VAGAS. AUSÊNCIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DENEGAÇÃO.

1. *O desenvolvimento válido e regular do processo **mandamental** exige do impetrante a apresentação de prova pré-constituída dos fatos e fundamentos alegados por si na petição inicial, pena de denegação da segurança.*

2. *Caso concreto em que candidata aprovada fora do número de vagas previsto em edital pretendia ser nomeada em razão da existência de contingente de vagas em número suficiente para abranger a sua colocação e da ocorrência de preterição decorrente da contratação temporária de terceiros, nenhuma dessas premissas, contudo, sendo acompanhada de prova pré-constituída.*

3. *Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.*” (RMS 44.475/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18.2.2014, DJe 27.2.2014.)

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO DEMONSTRADA. CARGO VAGO. INEXISTÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO EFETIVO ENCONTRA-SE CEDIDO.

1. *A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o candidato aprovado fora do número de vagas possui direito de ser nomeado, caso demonstre a existência de cargos vagos, bem como a ocorrência de efetiva preterição de seu direito, em razão da contratação de servidores temporários.*

(...)

3. *No presente caso, apesar de ter sido demonstrada a efetiva contratação de temporário que induziria a preterição, não houve a comprovação acerca da existência de cargo vago, uma vez que o servidor efetivo, ocupante do cargo em questão, está cedido, o que afasta a convolação da expectativa de direito do candidato, ora recorrente.*

4. *Agravo regimental não provido.*”

(AgRg no RMS 40.676/AC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 6.6.2013, DJe 11.6.2013.)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO**SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2014/0110510-3 **RMS 45.529 / SC**

Números Origem: 00161831820148240000 161831820148240000
20130478052 20130478052000200

PAUTA: 23/10/2014

JULGADO: 23/10/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

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: MARTA VAINCHENKER

ADVOGADO: JOSÉ MAURO VARELLA E OUTRO(S)

RECORRIDO: ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADOR: IVAN SÃO THIAGO DE CARVALHO E OUTRO(S)

RECORRIDO: TERESA MARIA DA SILVA FIGUEIREDO

ADVOGADO: VINÍCIUS TORESAN

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Concurso Público / Edital

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). PATRÍCIA KELEN DA COSTA DREYER, pela parte RECORRENTE: MARTA VAINCHENKER

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, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente) e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 328.731 – SC (2013/0112499-0)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Agravante: Genésio de Souza Goulart

Advogado: Alessandra Pivetta Moraes Camisão e Outros

Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Interessado: Vetusa Fomento Comercial Ltda.

EMENTA

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO REGIMENTAL. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA DA SANÇÃO. INSTÂNCIA ORDINÁRIA.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa movida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra Genésio de Souza Goulart, ex-prefeito do Município de Tubarão, em razão do direcionamento de licitação para aquisição de veículo pela municipalidade.
2. A caracterização dos atos de improbidade previstos no art. 11 da Lei 8.429/1992 está a depender da existência de dolo genérico na conduta do agente. Precedentes do STJ.
3. O Tribunal *a quo* foi categórico ao reconhecer a existência do elemento subjetivo na espécie: “Há, pois, prova bastante para indicar o direcionamento da licitação. (...) Logo, seja pela descrição do edital, seja pela prova amealhada, o direcionamento se evidencia. Mas há causa distinta dando tom ao direcionamento: a ausência do número mínimo de licitantes ‘Interessados’. (...) Em síntese, diante da limitação prescrita no instrumento convocatório, e da solitária participação da empresa vencedora, o direcionamento resta bem delineado. É o que me parece suficiente para reconhecer de alguma improbidade, e justificar as penalidades que a norma de regência impõe. (...) No caso, lembro uma vez mais, deve-se punir objetivamente uma conduta, qual seja, a de direcionamento da licitação, uma vez que prejuízo não se viu, ou, quando menos, não se provou”.

4. Modificar a conclusão a que chegou a Corte de origem, de modo a acolher a tese do recorrente, demanda reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em Recurso Especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ.
5. A regra geral, assentada na jurisprudência do STJ, é que modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstada nesta instância especial. Precedentes do STJ.
6. Agravo Regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de novembro de 2014(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Cuida-se de Agravo Regimental interposto contra decisão monocrática que negou provimento ao Agravo (fls. 1141-1155, e-STJ).

O agravante alega, em suma: a) inaplicabilidade da Súmula 211/STF, ante o prequestionamento dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992; b) ausência de qualquer conduta dolosa do ora agravante; e c) desnecessidade do reexame de provas.

Pleiteia a reforma do *decisum* agravado pela Turma.

É o **relatório**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 21.8.2014.

O Agravo Regimental não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado. Portanto não há falar em reparo na decisão.

Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa movida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra Genésio de Souza Goulart, ex-prefeito do Município de Tubarão, em razão do direcionamento de licitação para aquisição de veículo pela municipalidade.

Conforme consignei na decisão agravada, no que diz respeito à alegação de ofensa ao art. 11 da Lei 8.429/92, já vai longe o tempo em que o Superior Tribunal de Justiça, por sua Colenda Primeira Seção, consolidou o entendimento de que o dolo genérico – consistente na vontade de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública – é suficiente para a caracterização do tipo de improbidade:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE SEM LICITAÇÃO. ATO ÍMPROBO POR ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES.

1. O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido deduzido em Ação Civil Pública por entender que os réus, ao realizarem contratação de serviço de transporte sem licitação, praticaram atos de improbidade tratados no art. 10 da Lei 8.429/1992. No julgamento da Apelação, o Tribunal de origem afastou o dano ao Erário por ter havido a prestação do serviço e alterou a capituloção legal da conduta para o art. 11 da Lei 8.429/1992.

2. Conforme já decidido pela Segunda Turma do STJ (REsp 765.212/AC), o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico.

3. Para que se concretize a ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade, revela-se dispensável a comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou a caracterização de prejuízo ao Erário.

(...)

(REsp 951.389SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 04/05/2011). (grifou-se)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. **NECESSIDADE DO DOLO NO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. TEMA PACIFICADO NO ÂMBITO DA PRIMEIRA SEÇÃO.** INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 168/STJ.

1. “A caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo lato sensu ou genérico” (EREsp 772.241MG, Relator Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 6/9/2011). Outros precedentes: AgRg nos EREsp 1.260.963PR, Relator Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 3/10/2012; e AgRg nos EAREsp 62.000RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18/9/2012.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EREsp 1312945MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 01/02/2013).

No caso particular dos autos, o acórdão de origem se debruçou sobre o exame da conduta do investigado, como se vê dos trechos a seguir transcritos:

10. Do mérito

10.1. Da prática de ato de improbidade por suposta ofensa ao disposto no art. 17, II, b, da Lei n.º 8.666/93 (art. 10, *caput* e inc. VIII da Lei n. 8.429/92)

A condenação desdobra-se em dois comandos distintos; em primeiro plano, reconheceu o juízo de origem a responsabilidade do recorrente por inobservância do procedimento licitatório. Assim fê-lo porque o apelante teria entregue, como parte do pagamento do veículo adquirido no certame questionado, o automóvel a ser substituído. Seguindo-se as razões esposadas pelo Ministério Público, imputou-se a condenação por se entender ofendido o disposto no art. 17, II, b, da Lei n. 8.666/93.

O dispositivo em questão diz respeito à necessidade de submeter-se o bem público móvel a regular processo de licitação, na hipótese de interesse da Administração em desfazer-se dele, em favor de particular. Em síntese, não seria lícita a simples entrega, como parte do pagamento, de eventual bem do qual a Administração não teria mais interesse, ou pretenda a substituição.

Em primeiro plano, a regra põe em relevo severa e inexplicável formalidade, além de criar situação visivelmente paradoxal. Dispõe o preceito apontado:

“Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: (...)

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:(...)

b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;(...).’

Sem razão aparente, a norma de regência autorizou a permuta direta de bem público sem licitação apenas entre órgãos ou entidades da Administração Pública. A limitação, que faz pressupor sedizente proteção do interesse público, divisa duas possibilidades idênticas de modo deveras antagônico, cujo desdobramento, diga-se de passagem, pode redundar, inclusive, em prejuízo do erário, quando a permuta for pretendida com algum particular.

Isso porque, a considerar que a Administração não se faria dispor de bem que lhe interessasse, e tendo em conta que ordinariamente a licitação redundaria em venda do bem por preço aquém daquele de mercado, não raro a venda a particular sujeitaria o Poder Público a suportar algum prejuízo. Daí porque,

à primeira vista, a permuta direta - desde que demonstrado que o bem é entregue ao particular pelo real preço médio de mercado - parece bem mais ajustada do que a desastrosa fórmula empreendida pelo legislador.

É bom lembrar, porém, que a constitucionalidade da norma foi posta à prova, a exemplo do que reiteradamente invoca o recorrente para afastar sua incidência. Na ocasião, o então Min. Carlos Velloso, em decisão liminar, deu contornos bem estreitos ao dispositivo, limitando a vedação à venda direta apenas na esfera da Administração Federal. Foi feito nestes termos:

(...)

Pendente ainda o julgamento de mérito, e suspensa a eficácia do dispositivo invocado na inicial do Ministério Público, fica por ora inexigível a realização de processo licitatório na espécie. Vale dizer: a permuta, posto que à particular, prescinde de licitação.

De qualquer sorte, conquanto dispensada a alienação pela via licitatória, há, por óbvio, a necessidade de permissivo legal para tanto. Lei local deve, necessariamente, dispor sobre a alienação do patrimônio. Era o que dispunha o art. 67 do vetusto Código Civil; e o que dispõe os arts. 100 e 101 do Código vigente. Contudo, embora não se tenha dado conta de diploma dessa natureza, a ação é manejada com causa de pedir distinta, o que faz pressupor que tal exigência estivesse satisfeita.

10.2. Da ausência de prova de prejuízo ao erário e da ofensa ao princípio da isonomia entre os licitantes (art. 37, XXI da CR e art. 3º, *caput*, art. 4º, § 1º, da Lei n. 8.666/93)

Creio que diante de tal panorama a única dedução palmar de prejuízo, em face da permuta orquestrada, poderia sobressair de eventual subvalorização do veículo permutado, na hipótese de ter sido entregue por valor menor que o corrente no mercado. Todavia, prova dessa estirpe estava a cargo do recorrido, que, em princípio, limitou sua causa de pedir ao descumprimento da formalidade legal que entendia exigível (a venda por licitação). Não se cuidou, em algum momento, de eventual desvalorização desmedida do bem permutado.

Logo, a permuta do veículo, em si considerada, não configura atentado à improbidade, seja porque dispensável o leilão, seja porque não provado que a entrega se deu por valor inferior de mercado.

Mas o mesmo, contudo, não se pode concluir em relação ao procedimento licitatório que se questiona. Há, pois, prova bastante para indicar o direcionamento da licitação.

O Convite n. 0052000 tinha por objeto, segundo descrito no instrumento convocatório, a aquisição de *“veículo zero quilômetro, de fabricação nacional com capacidade para cinco pessoas, motor transversal 2.2 com oito válvulas, quatro cilindros em linha, movido à gasolina, 108 HP, direção hidráulica convencional com redução 16.5:1, transmissão com quatro velocidades, freios dianteiros a discos ventilados, freios traseiros a disco sólidos, com sistema de freios antibloqueantes BS à vácuo, com duplo circuito hidráulico”* (fls. 76-78).

O Ministério Público afirmou que a descrição do veículo corresponderia a do automóvel GM Vectra, veículo então fornecido por apenas uma das empresas convidadas, adiante vencedora, a empresa Vetusa Fomento Comercial Ltda. (que à época denominava-se Vetusa Veículos Tubarão Ltda.). Dai a conclusão de que o certame foi dirigido, uma vez que os parâmetros do objeto licitado não permitiriam a ampla concorrência que se pretende com a licitação.

Com efeito, a minudência com que se circundou o objeto licitado reduziu severamente a concorrência. É essa a razão, aliás, pela qual a própria Lei de Licitações veda, em seu art. 7º, § 5º, que se *“inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório”*, em disposição que reflete comando constitucional específico, prescrevendo a igualdade de concorrência nas licitações (art. 37, XXI).

A vedação tem por escopo o princípio da igualdade entre os licitantes, que evidente concorre para a promoção do interesse público. Conforme o magistério de Hely Lopes Meirelles, sempre recorrente no tem,

(...)

Por outro lado, despeito de pequenas variações (a mais evidente diz respeito à potência - o veículo adquirido possuía 121 HPs), o automóvel comprado pela Administração - o veículo GM Vectra ano 2000 - tem as mesmas características relacionadas pelo edital, em suas menores especificações. É o que denuncia a nota fiscal de fl. 146.

Mas não é só. A evidência do direcionamento também vem à luz com as declarações dadas ao Ministério Público pelos demais convidados. A propósito, o sócio-administrador da empresa Someval afirmou, em expediente remetido ao Ministério Público, e juntado em fl. 116, *“que no ano de 2000 não existia nenhum outro veículo da linha Ford, da qual somos concessionárias autorizadas, que satisfizesse os requisitos mencionados por V. Exa. (os requisitos do edital em questão)”*.

A prova não é a única; da prova testemunhal também se colhe que, das empresas inicialmente convidadas, apenas duas eventualmente revenderiam automóveis com as características exigidas (Vetusa e Araranguense), segundo apontado pelo então gerente comercial da empresa vencedora, Sr. Nicolaos Anastasiadis (fl. 509). Ou seja: diante do panorama traçado, não haveria inicialmente nem mesmo o número mínimo de participantes.

Destaco, ainda, a declaração prestada pelo próprio sócio-administrador da empresa vencedora do certame (Vetusa), oferecido ao Ministério Público e ratificado em juízo (fl. 488), afirmando *“que desconhece outro veículo que pudesse atender às exigências técnicas constantes da carta-convite n. 005/2000”* (fl. 143 - grifei), para concluir em audiência *“que na oportunidade, ou seja, no ano de 2000, o modelo Chevrolet que mais se adequava a carta-convite 005/2000 era exatamente o Vectra”*.

Em contrapartida, não se fez apontar a indicação de outro veículo, qualquer que seja, que de algum modo revelasse características compatíveis com aquelas constantes do edital; em lugar disso, aliás, pretendeu-se realização de prova pericial, negada pelo juízo, cuja decisão, creio, foi pontual.

Tal qual pontuado pelo juízo de origem, observo que o requerimento vem desacompanhado de alguma fundamentação de substância; apenas requer-se a prova, sem justificativa palmar de sua necessidade. O simples requerimento, por si só, não constitui razão válida para o deferimento de prova, postulação que, de qualquer modo, fica adstrita a juízo de pertinência exercido pelo magistrado (art. 130 do CPC).

Para deferir-se a prova, destaco, seria indispensável que o recorrente indicasse, fundamentadamente, a necessidade, visto que para identificar veículos similares àquele descrito no edital, com a devida vênia, não se vislumbra, a

um primeiro olhar, a necessidade de prova de tamanha complexidade. Na prática, qualquer documento, mesmo que despido de extremo rigor técnico, poderia demonstrar a existência de veículos similares no mercado nacional; e, caso necessário, sustentar um pedido de prova mais apurada. Mas disso não se cuidou, louvando o magistrado pela presunção de que não haveria veículo semelhante ao licitado, e legitimando, por via transversa, a recusa da prova.

Logo, seja pela descrição do edital, seja pela prova amealhada, o direcionamento se evidencia. Mas há causa distinta dando tom ao direcionamento: a ausência do número mínimo de licitantes “Interessados”.

Bem se sabe que o convite, modalidade bastante estreita de licitação, não exige mais do que a convocação de três interessados (art. 22, § 3º, da Lei n. 8.666/93), e como bem revela praxe, é a este exíguo número que ficam reduzidos os interessados nos procedimentos dessa modalidade, como de fato percebe-se no caso.

Registro que, para consecução do objeto lançado pelo Convite n. 052000, convidou-se três empresas, a saber: Fomento Comercial de Veículos Araranguense Ltda. e FlorisaSomneval Veículos Ltda. Entre estas, apenas a empresa Vetusa participou efetivamente da disputa; observo da prova juntada que a convidada Somneval atestou sua desistência em 27.01.00 (fl. 79), assim como a empresa Comercial de Veículos Araranguense (fl. 76). Na prática, destarte, no dia do oferecimento das propostas (27.01.00), apenas a empresa vencedora, Vetusa, disputou o objeto (fl. 64).

De outro norte, é de se notar, por oportuno, que a despeito das críticas firmadas pela doutrina, a inobservância de número mínimo de licitantes, quando a disputa dá-se por convite é, por si só, causa suficiente a autorizar a anulação da licitação, bastando para tanto que a autoridade justifique a ausência (REsp 884.9881RS, Rel. Min. Eliana Calmon). No contexto, não se justificou a ausência de licitante, permitindo que efetivamente apenas um convidado disputasse o objeto, trazendo ao descortínio, de modo ainda mais claro, a seletividade do edital.

Em síntese, diante da limitação prescrita no instrumento convocatório, e da solitária participação da empresa vencedora, o direcionamento resta bem delineado. É o que me parece suficiente para reconhecer de alguma improbidade, e justificar as penalidades que a norma de regência impõe. Creio, contudo, ser providencial modular a condenação.

A propósito, o juízo de origem condenou o recorrido ao ressarcimento integral do dano causado ao erário, no montante de R\$ 64.000,00, devidamente

atualizado, além da perda do cargo eventualmente ocupado e do pagamento de multa equivalente ao dobro da licitação impugnada. Impôs, ainda, a suspensão dos direitos políticos por oito anos, e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos, direta ou indiretamente, posto que na condição de sócio, pelo prazo de dez anos.

Em linha de princípio, a conclusão primeira, a meu sentir, é de inviabilizar-se a imposição da suposta indenização. A razão me soa evidente: a condenação, nesse ponto, tem por fim unicamente ressarcir o Poder Público de eventual prejuízo, o que não se comprovou.

Observo, aliás, que inicialmente postula-se o valor de R\$ 64.000,00 (sessenta e quatro mil) a título de reparação, sem paradigma para tanto, ou mesmo conexão com o caso. Na espécie, cuidou-se de duas situações inicialmente passíveis de indenização: a primeira, a entrega do veículo, pelo valor de R\$ 22.000,00; a segunda, pela aquisição dirigida, de veículo no valor de 42.000,00. Ao que se pode concluir, eventual prejuízo, por certo, estaria limitado ao valor do veículo pago, que foi efetivamente o valor desembolsado pela Administração (compreendida a partir da equação *entrega do automóvel usado + aquisição do veículo novo*).

Porém, a causa aparentemente foi valorada considerando individual e simultaneamente o valor de “venda” do veículo e também o valor da permuta (= R\$ 64.000,00), sem qualquer justificativa. E o dado, curiosamente, passou despercebido por todos, sem qualquer impugnação.

Nada obstante, lembro que as disposições da Lei de Improbidade que disciplinam a indenização encerram comando genérico e simples de responsabilidade civil, exigindo aqueles requisitos que lhes são inerentes (culpa, nexo e dano). E de dano não se cuidou.

Em hipóteses tais, há a necessidade de prova, que não se faz, e que objetivamente também não se reclama, e sem o que não deduz condenação.

Repetindo a obviedade, tem ressaltado a Corte Superior:

(...)

Daí que, ausente a prova, inviável a indenização.

De outro vértice, a Lei de Improbidade Administrativa permite, além da indenização, a cumulação de penas nos moldes do art. 12, e assim foi feito. O cuidado,

por óbvio, revela-se no dimensionamento da punição. Isso porque a generalidade da norma permite a imposição de penas com extraordinária elasticidade.

(...)

No caso, lembro uma vez mais, deve-se punir objetivamente uma conduta, qual seja, a de direcionamento da licitação, uma vez que prejuízo não se viu, ou, quando menos, não se provou.

Nessa linha, a despeito de críticas, há perfeita subsunção com o comando do art. 11 da Lei de Improbidade, dispositivo esse a dispor sobre ofensa aos princípios regentes da Administração Pública, na capitulação mesma indicada na inicial, e que serviu de mote à imposição das penas: “*constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; (...)*”

Diz-se, no caso, de ofensa objetiva ao disposto no art. 37, XXI, da CR, e no art. 7º, § 5º, da Lei n. 8.666/93, que resguardam a igualdade nos procedimentos licitatórios. Noto, no entanto, que não obstante a ofensa daquele postulado, não houve concorrência - pelo menos ressentido-se de prova no contexto - de eventual beneficiamento, quer do recorrido, quer da empresa vencedora (particular situação que, inclusive, afastou a empresa demandada de qualquer sanção), de modo a considerar-se sensível abrandamento da conduta. E ela, evidentemente, censurável em sua essência, mas não a meu ver com o rigor voraz das punições impostas.

Por fim, é de se observar, “*a lesão a princípios administrativos prevista no art. 11 da Lei n. 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para configurar o ato de improbidade*” (STJ, REsp 1.112.062/SP. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão de 22.09.09). A prática de ato ofensivo aos princípios regentes é por si causa suficiente à imposição das penas cominadas em lei.

Dito isso, não tenho por razoável a imposição de perda do cargo público hoje ocupado pelo recorrido, que atualmente tem assento em uma das cadeiras do

legislativo estadual catarinense. A conduta que aqui se hostiliza, conquanto reprovável, não justifica a perda do mandato eletivo, bem porque sequer guarda ligação com o fato. Ademais, a perda da função pública é medida extrema, cuja reserva, penso, deva ser feita àquelas hipóteses de notória e indelével ofensa ao patrimônio público. Aliás, se não se tem nem mesmo admitido as sanções de suspensão de direitos e perda de cargo nas hipóteses de publicidade pessoal com dinheiro do erário, em face da pequena ou inexpressiva extensão do dano (STJ, REsp 929.289MG, Rel. José Delgado), não há, igualmente, legítima justificativa para tal rigor no caso.

Creio, na mesma linha de ordenação, que a suspensão dos direitos políticos destoa, neste caso, do caráter intimidatório e pedagógico da norma, a exemplo da perda de cargo, por desvelar energia muito superior ao ato ímprobo em questão. Na verdade, não concebo a hipótese de reconhecer-se a exorcência da pena de perda do cargo e, no mesmo passo, manter-se a suspensão dos direitos políticos, por flagrante incompatibilidade no contexto. Aquele que não se mostra digno de gozar seus direitos políticos futuramente não o seria nesse momento.

Além disso, ainda que entenda legítima a aplicação da multa, há a necessidade de ajustamento. Lembro que, na origem, a multa foi arbitrada no equivalente a duas vezes o valor da licitação. Sucede que, a partir desse julgamento, apenas remanesce as imposições decorrentes da incidência do art. 11 (dada a ausência de prova do prejuízo). Dado o contexto, tenho por bem a aplicação da multa no equivalente a duas vezes a remuneração então percebida quando no cargo de Prefeito (ocasião em que se deram os fatos), que devem ser corrigidos desde a data do fato (aquisição do veículo).

No mais, dada a natureza do ato ímprobo, é pertinente a sanção de proibição ao recorrente de firmar contratos com o Poder Público. Mas não é, evidentemente, o caso de fixar o prazo de 10 anos ao óbice, quer pela ausência de previsão para tanto (nem que acumuladas as penas por infração aos arts. 10 e 11 assim seria possível), quer porque a conduta reprovada apenas encontra amparo no disposto no art. 11.

Nesse cenário, conquanto haja visível abrandamento da penalidade, a sanção deve ficar jungida ao limite fixado pelo art. 12, III, da Lei de Improbidade, que impõe o teto de 3 (três) anos. Logo, em face da identidade entre o fato e a sanção tributável, assim como considerado a natureza do expediente questionado (esquivo à lisura na licitação), fixo a reprimenda no máximo correspon-

dente, para que seja obstado ao recorrente receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo legal de três anos.

Em resumo, dou parcial provimento ao recurso para, afastando as imposições decorrentes da incidência do art. 10, *caput* e inc. VIII da Lei n. 8.429/92, excluir a condenação ao ressarcimento do valor de R\$ 64.000,00 (sessenta e quatro mil) ao erário municipal, por ausência de prova de dano ao patrimônio público; e, observado o disposto no art. 37, XXI, da CR, no art. 17, § 5º, da Lei n. 8.666/193, no art. 11, *caput*, e inc. I, e art. 12, III, da Lei n. 8.429/92, aplicar multa equivalente a duas vezes a remuneração então percebida no cargo de Prefeito - corrigida a partir da aquisição do veículo (INPC) - além do óbice à contratação com o Poder Público, pelo prazo de 3 (três) anos. Por fim, excludo as sanções de perda do cargo público e de suspensão dos direitos políticos, dada a visível assimetria das sanções com o ato combatido.

Com efeito, a presença do elemento subjetivo está reconhecida na sentença e no V. Acórdão recorrido. Vejamos:

O Juiz de 1º Grau assim consignou na sentença à fl. 683, e-STJ:

Inegável que, no caso dos presente autos, o demandado *Genésio de Souza Goulart*, não agiu segundo os preceitos do Direito e da Moral, na administração da coisa pública.

Utilizou-se de meios e subterfúgios não correspondentes ao que permite a lei, desrespeitando a vontade do titular dos interesses administrativos, o povo.

O Tribunal *a quo* assim consignou:

Mas o mesmo, contudo, não se pode concluir em relação ao procedimento licitatório que se questiona. **Há, pois, prova bastante para indicar o direcionamento da licitação.**

(...)

Logo, seja pela descrição do edital, seja pela prova amealhada, o direcionamento se evidencia. Mas há causa distinta dando tom ao direcionamento: a ausência do número mínimo de licitantes “Interessados”.

(...)

Em síntese, diante da limitação prescrita no instrumento convocatório, e da solitária participação da empresa vencedora, **o direcionamento resta bem delineado. É o que me parece suficiente para reconhecer de alguma improbidade, e justificar as penalidades que a norma de regência impõe.** Creio, contudo, ser providencial modular a condenação.

(...)

No caso, lembro uma vez mais, **deve-se punir objetivamente uma conduta, qual seja, a de direcionamento da licitação**, uma vez que prejuízo não se viu, ou, quando menos, não se provou. (grifei)

Nesse contexto, tenho que a decisão recorrida está em consonância com a orientação já consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à suficiência do dolo genérico como elemento caracterizador da improbidade, de modo que, no ponto, aplica-se o óbice da súmula 83/STJ.

Ademais, para modificar o entendimento firmado no acórdão impugnado, afastando-se o dolo na conduta do agravante, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. NÃO ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTIGO 11 DA LIA. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PREFEITO MUNICIPAL. AUTOPROMOÇÃO. CONFIGURAÇÃO DO DOLO E DO DANO AO ERÁRIO. SÚMULA. 83/STJ. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não foi cumprido o necessário exame do artigo invocado pelo acórdão recorrido, apto a viabilizar a pretensão recursal da parte recorrente, a despeito da oposição dos embargos de declaração. Incidência da Súmula 211/STJ.

2. Imprescindível a alegação de violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, quando da interposição do recurso especial com fundamento na alínea “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, quando o recorrente entende persistir algum vício no acórdão impugnado, sob pena de incidir no óbice da ausência de prequestionamento.

3. O recurso especial se origina de ação civil pública na qual se apura ato de improbidade administrativa (art. 11 da Lei n. 8.429/1992) com ressarcimento do dano material, contra ato de autopromoção do então prefeito municipal.

4. O Tribunal a quo, mantendo a sentença, entendeu que houve dolo do agente ao praticar condutas de autopromoção, ferindo os princípios da moralidade e impessoalidade previstos na Carta Magna, e concluiu pela configuração de ato de improbidade administrativa, em vista do comportamento doloso do recorrente.

5. O entendimento do STJ é no sentido de que, “para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.” v.g: AgRg no AgREsp 21.135PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23042013.

6. A revisão do conjunto fático-probatório, para o fim de investigar a ausência do elemento subjetivo do réu, não é possível em recurso especial, conforme entendimento da Súmula 7 do STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.419.268/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 14/4/2014).

Finalmente, quanto à aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992, convém ressaltar que o mencionado dispositivo legal exige que o magistrado considere, no caso concreto, a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. Assim, é preciso analisar a razoabilidade e a proporcionalidade em relação à gra-

vidade do ato ímprobo e à cominação das penalidades, as quais podem ocorrer de maneira cumulativa ou não.

Considerando-se os fatos apontados, entende-se que a aplicação das sanções ocorreu de forma fundamentada e razoável, incidindo, novamente, no caso a Súmula 7 desta Corte.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. NECESSIDADE DE DOLO GENÉRICO NO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CARACTERIZADO. REVISÃO DA DOSIMETRIA DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. SÚMULA 7/STJ.

1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, por deficiência na fundamentação. Com efeito, a recorrente limitou-se a alegar, genericamente, ofensa ao referido dispositivo legal, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido. Assim, aplica-se ao caso, *mutatis mutandis*, o disposto na Súmula 284/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

2. No caso dos autos, ficou comprovada a utilização de recursos públicos para compra de espaço publicitário em 5 empresas jornalísticas, tendo como propósito a promoção pessoal, bem como o elemento subjetivo dolo na conduta dos recorrentes.

3. Nos termos da jurisprudência do STJ, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos pela culpa, nas hipóteses do art. 10.

4. Caso em que a conduta do agente se amolda ao disposto no art. 11 da Lei 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da administração pública, em

especial o da impessoalidade e da moralidade, além de ofender frontalmente a norma contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República, que veda a publicidade governamental para fins de promoção pessoal.

5. As considerações feitas pelo Tribunal de origem NÃO afastam a prática do ato de improbidade administrativa por violação de princípios da administração pública, uma vez que foi constatado o elemento subjetivo dolo na conduta do agente, mesmo na modalidade genérica, o que permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa.

6. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula 7/STJ, salvo em hipóteses excepcionais, nas quais, da leitura do acórdão recorrido, exsurge a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não é o caso vertente.

7. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no sentido de que não há cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de prova, mediante a existência nos autos de elementos suficientes para a formação de seu convencimento.

8. Com relação ao argumento de que o Ministério Público deu parecer favorável, para afastar a pena de suspensão dos direitos políticos e da multa civil, cumpre asseverar que o magistrado não está adstrito ao parecer ministerial, podendo acolhê-lo ou rejeitá-lo, com base nas provas dos autos.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 435657/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 22/05/2014) (grifei).

PROCESSUAL CIVIL. FUNDAMENTOS ADOTADOS PELA ORIGEM NÃO COMBATIDOS NA INTEGRALIDADE PELO ESPECIAL. SÚMULA N. 283 DO STF, POR ANALOGIA. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA “A” DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO CONSIDERADO VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA N. 284 DO STF. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. NÃO-INTERPOSIÇÃO DE EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 126 DES-

TA CORTE SUPERIOR. DOSIMETRIA DAS SANÇÕES. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7/STJ.

1. Sobre a controvérsia preliminar (o cerceamento de defesa alegadamente provocado pelo julgamento antecipado da lide), foram dois os fundamentos adotados pela instância ordinária: (i) mesmo sanadas as irregularidades a que alude o recorrente em contestação, referentes ao acórdão do TCE que fundamentou em parte a ação civil pública, as contratações irregulares estão fartamente demonstradas nos autos por outras provas; e (ii) não houve cerceamento de defesa porque o réu teve a oportunidade de juntar defesa prévia, contestação (com documentos novos) e defesa escrita posterior, mas todas não afastaram a fragilidade da alegação do recorrente. A parte recorrente não se pronunciou efetivamente sobre esses pontos, tendo se limitado a reiterar o cerceamento de defesa, razão pela qual incide, na espécie a Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.

2. Não se pode conhecer do recurso pela alínea “a” do permissivo constitucional quanto à violação da Lei n. 8.429/92, ao argumento de que as condutas imputadas não são ímprobas. A ausência de indicação dos dispositivos considerados violados atrai a aplicação analógica da Súmula n. 284 do STF.

3. Não fosse isso bastante, a simples leitura do acórdão combatido revela que, no ponto submetido à apreciação do Superior Tribunal de Justiça na via do especial relativa à caracterização da improbidade administrativa, seus fundamentos guardam amparo não só na legislação federal infraconstitucional, mas também na própria Constituição da República, sendo todos eles, se revertidos, capazes de alterar a solução da questão. Entretanto, não foi interposto recurso extraordinário, motivo pelo qual incide, no caso, a Súmula n. 126 desta Corte Superior.

4. Para apreciar a alegada ofensa ao art. 12, p. único, da Lei n. 8.429/92 aos fundamentos de que não houve proveito patrimonial por parte do agente, que o recorrente não tem qualquer outra condenação criminal ou em ação civil pública e que não houve dolo, seria imperioso revistar o contexto fático-probatório carreado aos autos, o que não é possível aos magistrados desta Corte Superior por incidência de sua Súmula n. 7.

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1252917/PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 27/02/2012)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SANÇÕES. DOSIMETRIA. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA. INÉPCIA DO RECURSO. SÚMULA 284/STF. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não há omissão a ser sanada no acórdão recorrido, já que foi analisada individualmente a conduta de cada um dos envolvidos, justificando-se o acréscimo da pena de suspensão dos direitos políticos e a multa imposta na origem com base nas peculiaridades do caso.

2. Apesar de insurgir-se quanto à ausência de dosimetria na aplicação da pena, o agravante não fundamenta adequadamente a alegada contrariedade ao art. 12, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92, atraindo o óbice da Súmula 284/STF.

3. *Ainda que assim não fosse, o Tribunal de origem fixou a pena com base em critérios como a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente, de modo que não pode ser revista em sede de recurso especial, conforme a Súmula 7/STJ.*

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 403.839/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe 11/03/2014) (grifei)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE ERECHIM. AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS PELA PREFEITURA MUNICIPAL. EXPROPRIAÇÃO AMIGÁVEL. APROPRIAÇÃO ILEGAL DE PARTE DO VALOR POR SERVIDOR PÚBLICO E TERCEIRO. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 1º E 3º DA LEI 8.429/92. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. DOSIMETRIA. ART. 12 DA LIA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Os arts. 1º e 3º da Lei 8.429/92 são expressos ao prever a responsabilização de todos, agentes públicos ou não, que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta.

3. Diante do óbice da Súmula 7/STJ, a verificação da proporcionalidade e da razoabilidade da sanção aplicada pelo Tribunal de origem não pode ser feita em recurso especial.

4. Não havendo violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem, no caso concreto, enseja reapreciação dos fatos e provas, obstado nesta instância especial (Súmula 7/STJ).

5. Recursos especiais conhecidos em parte e não providos.

(REsp 1203149/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 07/02/2014) (grifei).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE. EXCLUSÃO DE PARTE DAS SANÇÕES APLICADAS PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. PRETENSÃO DE REEXAME DA DOSIMETRIA DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Insurge-se o recorrente contra acórdão que, ao examinar os fatos e as circunstâncias do caso concreto, concluiu pela desproporção das penalidades cominadas pelo juízo de primeiro grau e dessa forma afastou as sanções de suspensão dos direitos políticos e proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

2. Inviável a análise de eventual afronta a dispositivo constitucional na via do Recurso Especial, considerando a competência outorgada pelo art. 102, III, “a” da CF/88 ao Supremo Tribunal Federal.

3. A regra geral, assentada na jurisprudência do STJ, é no sentido de que “modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstado nesta instância especial (Súmula 7/STJ).” (RESP 1.229.495/SP, Rel. Min. Eliana Calmon).

4. Precedente que se amolda à espécie dos autos, em que o acórdão de origem verificou a razoabilidade da dosimetria das penas com base em particularidades e circunstâncias do caso concreto.

5. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1326762/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 17/09/2013) (grifei).

Ausente, portanto, a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo Regimental que contra ela se insurge.

Por tudo isso, nego provimento ao Agravo Regimental.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2013/0112499-0 **AgRg no AREsp 328.731/SC**
Números Origem: 20090109532 20090109532000100
20090109532000200 20090109532000201 20090109532000300
20090109532000301 20110736343 75050130522
PAUTA: 04/11/2014 JULGADO: 04/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

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

AGRAVANTE: GENÉSIO DE SOUZA GOULART

ADVOGADO: ALESSANDRA PIVETTA MORAES CAMISÃO E

OUTRO(S)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTERESSADO: VETUSA FOMENTO COMERCIAL LTDA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Atos Administrativos – Improbidade Administrativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: GENÉSIO DE SOUZA GOULART

ADVOGADO: ALESSANDRA PIVETTA MORAES CAMISÃO E OUTRO(S)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTERESSADO: VETUSA FOMENTO COMERCIAL LTDA

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Pedido de Suspensão de Liminar n. 2014.050086-4, de Guaramirim

Relator: Des. Torres Marques

DECISÃO MONOCRÁTICA

O Município de Guaramirim requereu, com base no art. 15 da Lei 12.016/09, a suspensão dos efeitos da sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 0300551-92.2014.8.24.0026, impetrado por Franciele Carneiro dos Santos, que concedeu a segurança para determinar que o ente municipal promova a imediata nomeação e posse da impetrante para o cargo de Engenheiro Agrônomo, decorrente do Edital n. 2/2011, acaso preenchidos os demais requisitos nele previstos.

Sustentou que a decisão objurgada acarreta risco de grave lesão à economia pública, pois a receita do Município encontra-se próxima ao limite legal permitido para despesas com pessoal, fato agravado pela circunstância de que a arrecadação do segundo semestre do ano é inferior à do primeiro.

Asseverou que a execução imediata da sentença acarreta prejuízos à ordem administrativa, provoca danos irreparáveis e afeta de maneira significativa o desenvolvimento do Município.

Argumentou que não se encontram presentes no caso os requisitos dispostos no art. 273 do Código de Processo Civil, mormente em virtude do caráter irreversível da determinação e da caracterização do *periculum in mora* reverso.

Por fim, arguiu que os fundamentos invocados na sentença não procedem, porquanto o concurso público foi prorrogado por meio da Portaria n. 5/2014, circunstância que desobriga o Município a nomear, de imediato, a candidata aprovada dentro do número de vagas contidas no edital.

Nesses termos, requereu a suspensão dos efeitos da sentença até o trânsito em julgado da decisão final.

É o relatório.

O pedido de suspensão de decisão proferida contra ato do Poder Público em sede de mandado de segurança encontra-se delimitado no art. 15 da Lei n. 12.016/09, o qual estabelece que a providência justifica-se tão somente para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

A respeito do tema, colhe-se da doutrina de Hely Lopes Meirelles:

Sendo a suspensão da liminar ou dos efeitos da sentença providência drástica e excepcional, só se justifica quando a decisão possa afetar de tal modo a ordem pública, a economia, a saúde ou qualquer outro interesse da coletividade, que aconselhe sua sustação até o julgamento final do mandado (*Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 106).

Especificamente sobre o objeto do pedido, Marcelo Abelha Rodrigues esclarece que é vedado o exame do mérito da causa principal, bem como a discussão sobre a legalidade e a juridicidade da decisão:

As razões que justificam o pedido de suspensão de execução de pronunciamento judicial não se associam à juridicidade ou antijuridicidade da decisão prolatada, isto é, não são consequência de uma suposta legalidade ou ilegalidade do pronunciamento cuja eficácia se pretende suspender. Bem pelo contrário, as razões e motivos da suspensão são para evitar grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas, independentemente do acerto ou desacerto da decisão que terá sua eficácia suspensa. A licitude ou ilicitude da decisão deverão ser atacadas pela via própria recursal que terá o condão, pois, de apreciar as razões jurídicas da decisão, para só então reformá-la ou cassá-la (*Suspensão de Segurança – sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 155).

Diante disso, inviável a apreciação dos argumentos trazidos pelo requerente acerca da ausência dos requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela, ou mesmo da legalidade dos fundamentos invocados na decisão, questões que se revestem de caráter eminentemente jurídico e deverão ser discutidos, se for o caso, pela via recursal própria.

De outro tanto, sustentou o requerente a presença de iminente risco à ordem e à economia públicas, porque a execução imediata da sentença seria capaz de provocar “danos irreparáveis de proporções imensuráveis, atingindo de maneira significativa o desenvolvimento do Município” (fl. 3).

Não obstante, compulsando os autos verifico que o ente municipal não juntou elementos capazes de comprovar o dano alegado, uma vez que o documento de fl. 35 demonstra tão somente que a despesa com pessoal, no período de julho/2013 a junho/2014, totalizou R\$ 48.369.439,64 (quarenta e oito milhões trezentos e sessenta e nove mil quatrocentos e trinta e nove reais e sessenta e quatro centavos), quando o limite máximo estabelecido no art. 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal corresponde a R\$ 56.346.674,74 (cinquenta e seis milhões trezentos e quarenta e seis mil seiscentos e setenta e quatro reais e setenta e quatro centavos).

Ademais, é de conhecimento notório que a abertura de edital de concurso público é precedida de estudo de estimativa de impacto financeiro e orçamentário, de modo que o certame só pode ser autorizado se verificada a viabilidade da realização das despesas dele decorrentes, em observância ao disposto no art. 169, §1º, da Constituição da República e aos arts. 16 e 17 da Lei Complementar n. 101/00. E, não é demais mencionar que o art. 22, parágrafo único, deste Diploma Normativo veda expressamente a criação ou provimento de cargo público caso a despesa com pessoal já tenha atingido 95% (noventa e cinco por cento) do limite legal.

Diante disso, no caso em análise, partindo do pressuposto de que o requerente agiu de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal, a decisão objurgada, que se restringiu à determinação de nomeação e posse da única candidata aprovada para o cargo de Engenheiro Agrônomo do Município de Guaramirim, nos termos do Edital n. 2/2011, é incapaz, por si só, de provocar lesão significativa ao erário.

Em caso semelhante, o Tribunal de Justiça de Alagoas consignou que a publicação de edital de concurso público gera presunção de reserva dos valores necessários ao provimento dos respectivos cargos, *verbis*:

DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. SENTENÇA PELA CONCESSÃO DA SEGURANÇA. REMESSA *EX OFFICIO*. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA DO MUNICÍPIO. AFASTADAS. PREVALÊNCIA DO DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO – APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS NO CERTAME PÚBLICO – NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PREPONDERÂNCIA DOS INCISOS I E II DO ART. 169 DA CARTA MAGNA. PRÉVIO ESTUDO DO IMPACTO FINANCEIRO. A PUBLICAÇÃO DO EDITAL GERA A PRESUNÇÃO DA RESERVA DE VALORES. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO. SENTENÇA MANTIDA. DECISÃO UNÂNIME. (Remessa *Ex Officio* n. 2011.001302-5, Rel. Des. Pedro Augusto Mendonça de Araújo, j. 2/2/2011).

Na mesma esteira, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 2704/PI, entendeu que “não causa grave lesão à ordem pública a decisão que determina a imediata nomeação de apenas um candidato aprovado em concurso público para o cargo de psicólogo da Secretaria de Segurança Pública estadual” (Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, j. 21/5/2014).

Dessarte, por não ter restado concretamente demonstrado nos autos o alegado risco à ordem e à economia públicas, inviável a concessão da suspensão almejada.

Ante o exposto, indefiro o pedido.

Publique-se. Intime-se.

Preclusa a decisão, archive-se.

Florianópolis, 13 de agosto de 2014.

Torres Marques
1º VICE-PRESIDENTE

ÓRGÃO ESPECIAL

Agravo Regimental em Pedido de Suspensão de Liminar n. 2014.035661-8/0001.00, de Joinville

Relator: Des. Torres Marques

AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO (CASE) DE JOINVILLE. PRONUNCIAMENTO MONOCRÁTICO QUE SUSPENDEU A CONSTRUÇÃO DE 1 (UM) MURO DE CONCRETO E 4 (QUATRO) TORRES DE OBSERVAÇÃO NO PERÍMETRO DA INSTITUIÇÃO, ALÉM DE SUSTAR A ORDEM DE INSTALAÇÃO DE CÂMERAS DE VIGILÂNCIA E ESTABELECEER PRAZO PARA A ADMISSÃO DE SERVIDORES EFETIVOS, POR MEIO DA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO.

RECURSO CONTRA A SUSPENSÃO DA CONSTRUÇÃO DO MURO, DAS TORRES DE OBSERVAÇÃO E DA INSTALAÇÃO DE CÂMERAS DE MONITORAMENTO. ALEGADO RISCO À SEGURANÇA PÚBLICA EM VIRTUDE DA EXISTÊNCIA DE ALAMBRADO AO REDOR DO CENTRO DE ATENDIMENTO. INVOCADA A FRAGILIDADE DA ESTRUTURA. TESE DE AMEAÇA À COMUNIDADE LOCAL E EXPOSIÇÃO DA IMAGEM DOS ADOLESCENTES. NÃO OCORRÊNCIA. RISCO NÃO VERIFICADO NA HIPÓTESE. PRÉDIO EDIFICADO EM CONSONÂNCIA COM AS NORMAS DO SINASE.

PEDIDO DE DELIMITAÇÃO DO *DIES AD QUEM* AOS EFEITOS DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE JUSTIFIQUE O AFASTAMENTO DA REGRA CONTIDA NO § 9º, DO ART. 4º, DA LEI N. 8.437/92.

RECURSO NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental em Pedido de Suspensão de Liminar n. 2014.035661-8/0001.00, da comarca de

Joinville (Vara da Infância e Juventude), em que é agravante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e agravado o Estado de Santa Catarina:

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, acolher a manifestação do Relator Originário para negar provimento ao recurso.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Desembargador Nelson Schaefer Martins e dele participaram o Desembargador Torres Marques (Relator sem voto), Desembargador Rui Fortes, Desembargador Cesar Abreu, Desembargador Ricardo Fontes, Desembargador Salim Schead dos Santos, Desembargador Jaime Ramos, Desembargador Alexandre D'Ivanenko, Desembargador Lédio Rosa de Andrade, Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, Desembargadora Marli Mosimann Vargas, Desembargador Sérgio Izidoro Heil, Desembargador João Henrique Blasi, Desembargador Jorge Luiz de Borba, Desembargador Jânio Machado, Desembargador Paulo Roberto Camargo Costa, Desembargador Gaspar Rubick, Desembargador Pedro Manoel Abreu, Desembargador Eládio Torret Rocha e Desembargador Fernando Carioni.

Funcionou pela Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Dra. Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 15 de outubro de 2014.

Torres Marques
RELATOR ORIGINÁRIO

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra o provimento monocrático que deferiu, em parte, o pedido de suspensão da antecipação de tutela concedida nos autos da Ação Civil Pública n. 0800375-20.2014.8.24.0038, e, com isso, autorizou a inauguração do CASE de Joinville com a estrutura física

da forma como se encontra, bem como obstou a produção de efeitos por prazo certo (até o dia 30 de junho de 2015) para a realização de concurso público e contratação de servidores efetivos (fls. 218/225).

O agravante insurgiu-se contra a suspensão da construção de 1 (um) muro de concreto e de 4 (quatro) torres de vigilância, além da instalação de câmeras de monitoramento, ao argumento de que a existência apenas de alambrado coloca em risco os adolescentes, os servidores e a comunidade local.

Sustentou que o projeto padrão previa a construção de muro de concreto, medida que foi descumprida pela Administração, em que pese indispensável para a garantia da segurança pública.

Asseverou que a tela de proteção existente no local permite ampla visão pela rua principal e, assim, acarreta a exposição da imagem dos adolescentes, em afronta ao disposto no art. 247, §1º, da Lei n. 8.069/90.

Por fim, requereu a fixação de *dies ad quem* aos efeitos da decisão, em virtude da possível delonga no encerramento do processo originário e sob o fundamento de que a determinação monocrática, sem prazos, causa prejuízo à segurança pública, tendo em vista a fragilidade da atual estrutura física do CASE.

O Estado de Santa Catarina apresentou contrarrazões (fls. 246/247).

A Procuradoria-Geral de Justiça deixou de se manifestar, por figurar como parte na causa (fl. 250).

Em juízo de retratação, a decisão agravada foi mantida (fl. 252).

MANIFESTAÇÃO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs o presente agravo regimental com vistas à reforma da decisão monocrática no

ponto em que sustou ordem de construção de 1 (um) muro de concreto e de 4 (quatro) torres de vigilância, bem como de instalação de câmeras de segurança no entorno do CASE de Joinville, sob o fundamento de grave risco à ordem e à segurança públicas.

De início, convém registrar que no âmbito do pedido de suspensão de liminar concedida contra o Poder Público a análise limita-se à verificação da ocorrência dos pressupostos insculpidos no art. 4º da Lei n. 8.437/92, atinentes ao risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, de modo que é vedado o debate sobre o mérito da causa.

Nesse sentido, encontra-se sedimentada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Em que pese a possibilidade de realização de um juízo mínimo de delibação sobre os termos da decisão, o pedido de suspensão deve, essencialmente, aferir se a decisão impugnada efetivamente pode causar grave lesão aos bens jurídicos tutelados pela legislação de regência (ordem, saúde, segurança e economia públicas). O presente instrumento judicial, a bem da verdade, não deve substituir os recursos processuais adequados, até porque, consoante a sedimentada jurisprudência desta eg. Corte, não há que se analisar, no pedido extremo de suspensão, em regra, a legalidade ou ilegalidade das decisões proferidas. (AgRg na SLS 1854/ES, Min. Felix Fischer, Corte Especial, j. 13/3/2014).

Diante disso, inviável a apreciação das teses recursais de descumprimento, por parte do Estado de Santa Catarina, do projeto padrão arquitetônico ou mesmo de afronta ao disposto no art. 247, §1º, da Lei n. 8.069/90, que penaliza a exposição da imagem de adolescentes, matérias que comportam discussão no bojo do Agravo de Instrumento n. 2014.035662-5.

De outro tanto, o recorrente invocou a presença de risco de grave lesão à segurança pública, ao argumento de que a estrutura de alambrado existe no perímetro da entidade acarreta risco aos adolescentes, servidores e comunidade local.

Conforme consignado nos fundamentos da decisão recorrida, no que tange aos parâmetros arquitetônicos que devem ser seguidos para a construção de unidades de recolhimento de jovens infratores, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE assim disciplina:

1.2.3. Muros e alambrados

1) obedecer a uma altura mínima de 5,00m para sua edificação;

2) incluir (opcional) nos muros, mirantes e passarelas de observação equipamentos de iluminação, comunicação e alarme, posicionados em locais estratégicos. Recomenda-se que o acesso seja único e externo se forem utilizados pela polícia militar. (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE/Secretaria Especial dos Direitos Humanos - Brasília/DF: CONANDA, 2006, p. 96).

E, no ponto que trata dos afastamentos e recuos, destaca que o projeto deve “observar, nos muros ou alambrados que cercam a Unidade de atendimento socioeducativo de internação [...]” (op. cit., p. 95 – grifou-se).

Ademais, o Ministério da Justiça, por meio da Resolução n. 9/11, que estabelece as diretrizes básicas para a edificação de complexos penitenciários destinados a adultos condenados ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado, também contempla a possibilidade de construção de ambas as espécies de estruturas (muro ou alambrado) para limitar a parte externa dos presídios, *verbis*:

O muro poderá ser substituído por qualquer outro elemento que alcance o mesmo objetivo, devendo, porém, ser consultado o Ministério da Justiça/DEPEN e/ou entidade credenciada para aprovação preliminar.

No caso de estabelecimento penais de regime fechado, o muro ou alambrado externo que limita o estabelecimento deverá ter no mínimo 5 metros de altura acima do nível do solo, incluindo-se, se for o caso, nesta altura, a passarela de circulação para a segurança externa. (grifou-se).

Compulsando os autos, verifica-se que o Estado de Santa Catarina edificou alambrado com 5 (cinco) metros de altura ao redor do comple-

xo do CASE de Joinville e erigiu 2 (duas) guaritas de vigilância (uma aos fundos e outra na entrada – fl. 66 e fotografias de fls. 45/49).

Além disso, nos termos do Ofício n. 80/2014, “o sistema de vídeo e monitoramento requisitado na decisão liminar está em processo de licitação e logo será instalado” (fl. 65).

Não bastasse isso, as fotografias de fls. 45/49 demonstram existir muro de concreto em torno de parte da instituição, com proteção superior de arame farpado. E ainda, extrai-se da mídia de fl. 160 que a área externa possui iluminação suficiente para a vigilância do local por parte dos agentes públicos.

Como se vê, o recorrido se ateu aos parâmetros legais e obedeceu às exigências mínimas impostas para a construção do Centro de Atendimento, consoante prevêm as normas de regência, de modo que, da análise dos autos, conclui-se que a inauguração da instituição com a atual estrutura não é capaz, por si, de colocar em risco a incolumidade física dos internos ou da população local.

De outro lado, o Estado de Santa Catarina, ao formular o pedido de suspensão, demonstrou estar presente, na hipótese, perigo de grave lesão à ordem e à segurança públicas no caso da manutenção dos efeitos da decisão proferida nos autos n. 0800375-20.2014.8.24.0038, em virtude da carência de vagas na rede socioeducativa estadual, que, à data da propositura do requerimento inicial, já contava com 66 (sessenta e seis) indivíduos na fila para internação, e cuja conjuntura poderia ser significativamente alterada com a inauguração imediata do CASE de Joinville.

Com efeito, considerando as deficiências apresentadas pelo sistema catarinense de acolhimento de jovens infratores, o qual teve situação de emergência decretada pelo Poder Executivo no ano de 2011 (Decreto Estadual n. 59/2011), e, sobretudo, pelas constantes manifestações da

sociedade exigindo pronta atuação dos poderes constituídos no combate à prática de atos infracionais, não se apresenta razoável que a inauguração da nova unidade, cujas instalações já se encontram prontas (fls. 65/71), seja postergada enquanto dezenas de adolescentes “em conflito com a lei”, com internação definitiva decretada, permanecem em liberdade, sem qualquer assistência ou orientação pedagógica adequada.

Em caso semelhante, o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça manteve, por maioria de votos, a suspensão da decisão que impediu o seguimento das obras do Complexo Penitenciário do Imaruí, sob o fundamento de grave risco de lesão à ordem e à segurança públicas, consubstanciado nas carências do sistema carcerário estadual, notadamente a lotação das unidades, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO QUE IMPEDE A CONSTRUÇÃO DE PRESÍDIO NO MUNICÍPIO DE IMARUÍ. EFEITO SUSPENSIVO DEFERIDO EM PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. REQUISITOS DO ART. 4º DA LEI N. 8.437/92 PREENCHIDOS. GRAVE LESÃO À ORDEM E À SEGURANÇA PÚBLICAS DEMONSTRADA. RECURSO DESPROVIDO. [...] (Agravo Regimental em Pedido de Suspensão de Liminar n. 2013.005453-9, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Órgão Especial, j. 17/7/2013).

E, do corpo do acórdão, extrai-se:

Verte de forma abundante, que a questão de fundo da controvérsia está intimamente ligada aos valores ordem e segurança públicas, pois, como é por todos sabidos, o Estado de Santa Catarina enfrenta um verdadeiro caos no seu sistema carcerário, como por exemplo, déficit de vagas, condições insalubres nos presídios, falta de médicos e dentistas, espancamento de detentos entre outros, o que tem sido, inclusive, segundo informações veiculadas pela mídia, não o único, mas um dos principais motivos para a onda de ataques deflagrada por grupos criminosos em diversos municípios do Estado.

Os valores da sociedade catarinense estão sendo atingidos no seu âmago em razão dessas ordenações articuladas de violência. O povo catarinense clama

pelo restabelecimento da paz social, da ordem e da segurança públicas que, a toda evidência, estão abaladas. [...]

No caso em testilha, o Ente Público, no exercício das suas funções típicas e com o fito de tentar imprimir normalidade à execução do serviço público, e nesse caso específico é buscando amenizar as mazelas do sistema prisional e trazer um pouco mais de segurança a sociedade catarinense, ordenou a construção de presídio no Município de Imaruí.

Dentro desse contexto, entendo que a decisão questionada possui o condão de causar grave lesão à ordem e à segurança públicas, em sua acepção administrativa, consubstanciada na precariedade do sistema prisional e da turbação da paz social, principalmente levando-se em consideração as novas informações trazidas no pedido de reconsideração apresentado pelo Ente Público, dando nota dos inúmeros ataques criminosos perpetrados nos últimos dias e originados, ao que tudo indica, de dentro dos presídios, e por conta das condições desumanas suportadas pelos detentos.

Por fim, o agravante requereu a fixação de *dies ad quem* aos efeitos da decisão no que tange à ordem de suspensão da construção do muro de concreto, das torres de vigilância e da instalação de câmeras de segurança.

Nesse ponto, cumpre reprimir que o provimento monocrático recorrido estabeleceu limite temporal apenas para regular os efeitos da suspensão da contratação de 117 (cento e dezessete) servidores efetivos por se tratar de medida imprescindível ao regular funcionamento do CASE de Joinville.

Na ocasião, a suspensão da decisão por prazo certo (até 30 de junho de 2015), pautou-se na necessidade de conciliar, de um lado, a premissa de acolher os adolescentes infratores à espera de vaga e, de outro, a impossibilidade de realizar, no estreito prazo concedido pelo magistrado *a quo*, as despesas necessárias à efetivação da medida em observância à Lei de Diretrizes Orçamentárias e à Lei Orçamentária Anual (fl. 225).

Todavia, no caso da construção do muro de concreto, das torres de controle e da instalação das câmeras de vigilância, a situação é completamente distinta, pois configura exigência não prevista nas normas

administrativas que regulam a edificação de centros de internação e cuja ausência, portanto, não acarreta risco à segurança pública.

A propósito, destaque-se o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a regra contida no § 9º, do art. 4º, da Lei n. 8.437/92, a qual preceitua que a suspensão vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação originária, só pode ser afastada se restar demonstrada, no caso concreto, a necessidade de limitação temporal dos seus efeitos, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. RISCO DE GRAVE LESÃO À SEGURANÇA PÚBLICA. EXISTÊNCIA. PEDIDO DE SUSPENSÃO DEFERIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Consoante a legislação de regência (v.g. Lei n. 8.437/1992 e n. 12.016/2009) e a jurisprudência deste Superior Tribunal e do c. Pretório Excelso, é cabível o pedido de suspensão quando a decisão proferida contra o Poder Público puder provocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

II - Na hipótese dos autos, pode causar grave lesão à segurança pública - com risco à integridade física dos envolvidos na operação - a decisão que determina a retirada de 60 (sessenta) famílias acampadas no imóvel objeto da desapropriação.

III - Ademais, no que concerne ao pedido de limitação temporal dos efeitos da decisão recorrida, as razões apresentadas pela recorrente não se revelam aptas a justificar o afastamento da regra contida no § 9º, do art. 4º, da Lei n. 8.437/92, segundo o qual “a suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação principal”.

Agravo regimental desprovido. (AgRg na SLS 1799/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, j. 16/10/2013).

Diante disso, verifica-se que persistem na hipótese os requisitos previstos no art. 4º da Lei n. 8.437/92, os quais autorizaram a suspensão da determinação liminar até o julgamento final da causa.

Ante o exposto, a manifestação é pela manutenção da decisão agravada.

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2012.049592-1, de Campos Novos

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Alteração da Planta de Valores Imobiliários do Município de Campos Novos entabulada por Decreto do Executivo. Alegada violação ao princípio da legalidade estrita. Configuração. Código Tributário Municipal que, ademais, delega ao Executivo, por meio de decreto, a elaboração da Planta Genérica de Valores, base de cálculo para o IPTU. Impossibilidade. Declaração de inconstitucionalidade por arrastamento. Ação procedente.

Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não pode o decreto do Executivo estabelecer, pela primeira vez, o valor da planta genérica de valores imobiliários (Min. Ricardo Lewandowski). Assim sendo, é inconstitucional a delegação entabulada em lei municipal que autoriza o Executivo, por decreto, a “elaborar” aquela planta, que servirá de base de cálculo ao IPTU.

A revisão do valor venal dos imóveis no âmbito do Município, base de cálculo para o IPTU, exige a edição de lei em sentido estrito, sob pena de inconstitucionalidade. Precedentes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2012.049592-1, da comarca de Campos Novos (1ª Vara Cível), em que é requerente 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Campos Novos, e requerido Prefeito Municipal de Campos Novos:

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, julgar procedente a presente demanda para declarar a inconstitucionalidade do Decreto Municipal n. 5.923/2009, com efeitos a partir da publicação desta decisão. Por arrastamento, declarar a inconstitucionalidade do § 2.º do art. 257 do Código Tributário Municipal de Campos Novos.

O julgamento, realizado no dia 17 de dezembro de 2014, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Nelson Schaeffer Martins, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Pedro Manoel Abreu –

Relator, Trindade dos Santos, Luiz César Medeiros, Eládio Torret Rocha, Nelson Schaeffer Martins, Fernando Carioni, Torres Marques, Rui Fortes, Marcus Túlio Sartorato, Cesar Abreu, Salim Schead dos Santos, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Alexandre D'Ivanenko, Moacyr de Moraes Lima Filho, Jorge Luiz de Borba, Jânio Machado, Sônia Maria Schmitz, Ronei Danielli e Gaspar Rubick.

Florianópolis, 13 de janeiro de 2015.

Pedro Manoel Abreu
RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público da Comarca de Campos Novos e o Coordenador do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade – CECCON, aforaram ação direta de inconstitucionalidade em face do Decreto Municipal n. 5.923/2009, por afronta, em tese, aos artigos 128, I, da Constituição do Estado de Santa Catarina e art. 150, I, da Constituição da República.

Em síntese, os autores alegaram que o Prefeito Municipal de Campos Novos editou o aludido Decreto atualizando o valor venal dos imóveis urbanos, para efeito de cobrança do IPTU, em trinta por cento.

Sustentaram violado o princípio da legalidade, pois majorado o tributo por simples ato normativo do Executivo. Afirmaram que, embora a norma faça referência à atualização de valores, na verdade eleva a base de cálculo do IPTU, e por meio de Decreto Municipal.

Gizaram que o tributo tornou-se mais oneroso, o que só poderia ser realizado por lei em sentido formal.

Ao final, requereram suspensão cautelar do Decreto n. 5.923, de 29.12.2009, na forma prevista no art. 10, § 3.º, da Lei n. 12.069/01 e, ao

final, a procedência da demanda, para declarar a inconstitucionalidade desse ato normativo.

Nas informações de fls. 39, o alcaide afirmou ser constitucional a norma hostilizada, uma vez que apenas atualizou o valor venal dos imóveis situados no Município, não se podendo falar em majoração ou alteração da base de cálculo do tributo. Argumentou, ainda, que: a) a Planta de Valores dos imóveis urbanos estava com valor defasado desde o ano de 2002 e que, até o ano de 2009, sequer tinha havido a atualização monetária do valor venal dos imóveis; b) no período de 1º.01.2003 a 21.12.2009 a inflação medida pelo INPC/IBGE foi de 47,38%, enquanto a inflação medida pelo IGP-M/FGV foi de 49,47%, ou seja, a atualização promovida no Decreto, no percentual de 30%, sequer repôs a inflação no período em que a Planta de Valores ficou sem correção; c) foi constituída Comissão através do Decreto n. 5920/09, a qual concluiu que o valor venal aplicado pelo Município possuía uma defasagem de 62,74% a 3.644,32%, quando comparado com os valores avaliados pelas empresas consultadas – corretoras de imóveis; d) a atualização do valor venal dos imóveis urbanos está expressamente prevista no § 2.º do art. 257 e no art. 260 do Código Tributário Municipal, Lei Complementar n. 01/2002; e) não houve majoração do IPTU por meio do Decreto Municipal; f) a alíquota continua sendo a mesma, tendo havido apenas atualização do valor venal dos imóveis, o que seria é situação diversa e; g) a base de cálculo continua sendo a mesma, isto é, o valor venal do imóvel.

A Procuradoria-Geral do Município ofertou defesa da norma impugnada às fls. 91-98.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Basílio Elias de Caro, manifestou-se pela procedência da demanda.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade aforada pelo Ministério Público Estadual e pelo Coordenador do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade – CECCON, em face do Decreto Municipal n. 5.923/2009, de Campos Novos, por afronta, em tese, aos artigos 128, I, da Constituição do Estado de Santa Catarina e art. 150, I, da Constituição da República.

Na essência, alegam violados esses dispositivos constitucionais que dizem respeito ao princípio da legalidade estrita, isto é, em matéria tributária, afirmam ser vedada a majoração da base de cálculo de tributo por meio de decreto administrativo.

Asseveram que a norma hostilizada, ao fazer referência à atualização, no percentual de 30%, na Planta de Valores dos Imóveis Urbanos de Campos Novos, eleva na verdade a base de cálculo do IPTU, por meio de decreto do Prefeito.

Sustentam que não se trata de mera atualização do valor venal dos imóveis pelos índices de correção monetária do período, para a preservação de seu conteúdo econômico, uma vez que a modificação da base de cálculo tornou o tributo mais oneroso, o que somente poderia ter sido feito por meio de lei em sentido estrito formal.

O alcaide e a Procuradoria-Geral do Município pregam, em suas manifestações, ter havido apenas mera atualização do valor venal dos imóveis, corroídos pela inflação havida entre os anos de 2002 a 2009. A norma hostilizada tem o seguinte teor:

Art. 1º - Fica atualizada a Planta de Valores dos Imóveis Urbanos do Município de Campos Novos, no percentual de 30% (trinta por cento).

Art. 2º - O Departamento Tributário, procederá todos os atos necessários para a atualização prevista no Artigo 1º.

Art. 3º - Este Decreto entra em vigor na data da sua publicação.

Pois bem.

I. DAS INCONSTITUCIONALIDADES

Não se desconhece que a motivação externada no preâmbulo do referido Decreto n. 5.923/09, a atualização da Planta de Valores Imobiliários em 30% pauta-se nos arts. 257, § 2.º e 260, ambos insertos no Código Tributário Municipal de Campos Novos. Estes dispositivos legais estão assim redigidos:

Art. 257 – A base de cálculo do imposto é o valor venal do imóvel.

§ 1º. Na determinação do valor venal, será considerado, em conjunto ou separadamente, os elementos abaixo :

I – quanto ao prédio :

- a) o padrão ou tipo de construção, somado ao valor do terreno;
- b) a área construída e o valor unitário do metro quadrado;
- c) o estado de conservação, os melhoramentos existentes na rua ou logradouros, feitos pelo serviços públicos;
- d) o índice de valorização da quadra e do setor de onde estiver situado o imóvel.

II – quanto ao terreno:

- a) a área, as dimensões e o valor unitário do metro quadrado;
- b) o índice de valorização da localização do imóvel.

§ 2º. O Poder Executivo poderá elaborar ou corrigir o valor venal do imóvel, em conjunto ou isoladamente de acordo com o índice de valorização do local.

Art. 260 - Sem prejuízo da edição da planta de valores, o Poder Executivo atualizará anualmente os valores unitários do metro quadrado de terrenos e de construção:

I - utilizando os índices oficiais de correção monetária;

II - levando em conta os equipamentos urbanos e melhorias decorrentes de obras públicas, recebidos pela área onde se localiza o bem imóvel ou os preços correntes do mercado.

É bem verdade que esses dispositivos legais invocados no Decreto permitem ao Executivo tanto “elaborar ou corrigir” (§ 2.º, art. 257 CTM), o valor venal do imóvel, quanto “atualizar anualmente” os valores unitários do metro quadrado de terrenos e de construção, utilizando-se, para tanto, dos índices oficiais de correção monetária e o incremento a partir da instalação de equipamentos urbanos e melhorias decorrentes de obras públicas (art. 260, caput, e incisos I e II, CTM).

No entanto, há inconstitucionalidade total verificada no Decreto Administrativo e parcial, no Código Tributário Municipal de Campos Novos. Explica-se.

De imediato, registra-se que não poderia referido Código Tributário delegar ao Executivo a “elaboração” da Planta de Valores Imobiliários, como consta no § 2.º, do art. 257, mas tão somente a atualização. Nesse sentido, o STF já teve a oportunidade de afirmar a inconstitucionalidade de decreto que, pela primeira vez, estabelece os valores que servirão de base de cálculo para a exigência do IPTU, o que, inelutavelmente, remete à conclusão de que a Lei não poderia ter delegado ao Executivo a elaboração de Planta de Valores. Colaciona-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS DE DECISÃO MONOCRÁTICA. NÍTIDO OBJETIVO DE REDISCUTIR A MATÉRIA. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA. ANÁLISE PRÉVIA DE PROVAS E DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. SÚMULA 279 DO STF. EVENTUAL AFRONTA À CONSTITUIÇÃO SERIA INDIRETA. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. EXISTÊNCIA DE ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO STF. DESNECESSIDADE. TRIBUTÁRIO. IPTU. BASE DE CÁLCULO. IMÓVEL QUE SURTIU APÓS A LEI QUE PREVÊ A PLANTA GENÉRICA DE VALORES. AVALIAÇÃO INDIVIDUAL REALIZADA POR MEIO DE DECRETO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL (ART. 150, I, DA CF). ENTENDIMENTO FIXADO EM PRECEDENTE COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA

PROVIMENTO. I – Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, no que diz respeito aos requisitos de admissibilidade do mandado de segurança, faz-se necessário o exame do conjunto fático-probatório dos autos, bem como a análise de normas infraconstitucionais, o que inviabiliza o extraordinário com base na Súmula 279 do STF ou porque a afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. II – Se no momento do julgamento do recurso extraordinário já houver orientação consolidada do STF no mesmo sentido do acórdão recorrido, é desnecessário o retorno dos autos ao Tribunal a quo, para que este, em obediência ao art. 97 da CF, submeta a arguição de inconstitucionalidade ao tribunal pleno ou ao órgão especial, considerando os princípios da celeridade processual e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF), como no caso dos autos. Desnecessidade de observância absoluta para a aplicação dos precedentes dos quais resulte a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Suficiência da equivalência das matérias examinadas. III – Essa Corte, no julgamento de feito com repercussão geral reconhecida, RE 648.245/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, reiterou seu entendimento no sentido de que, com base no princípio da reserva legal (art. 150, I, da CF), somente por lei em sentido formal é possível instituir, alterar ou majorar a base de cálculo do IPTU, cabendo apenas sua atualização por meio de decreto, desde que em patamar inferior aos índices inflacionários oficiais de correção monetária. IV – É inconstitucional decreto que, pela primeira vez, estabelece os valores (avaliação individual) que servem de base de cálculo para exigir o IPTU sobre os imóveis descritos nos autos, ainda que se trate de bem que surgiu após a lei que prevê a planta genérica de valores que servem de base para cálculo do imposto. V – Agravo regimental a que se nega provimento (STF, ARE 820303, ED, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 09.09.2014, sem grifos no original).

Desta feita, imprescindível afastar, por se tratar de norma inconstitucional, a possibilidade de delegação, ao Executivo, da elaboração da PGV. Desta feita, deve-se, por arrastamento, decretar a inconstitucionalidade do § 2.º do art. 257 do CTM de Campos Novos, por afronta ao princípio da legalidade estrita insculpido nas Constituições Federal e Estadual.

No tocante ao imbróglho aqui apresentado, esta Corte, a partir de entendimento consolidado do STF, pacificou a orientação de que é ve-

dado ao Poder Executivo Municipal, por simples decreto, alterar o valor venal dos imóveis para fins de base de cálculo do IPTU. Veja-se:

APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IPTU. BASE DE CÁLCULO. LEI COMPLEMENTAR N. 155/2001, QUE ESTIPULA A POSSIBILIDADE DE DEFINIR BASE DE CÁLCULO POR MEIO DE DECRETO. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALÍQUOTA PROGRESSIVA. INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS MUNICIPAIS DE NS. 2.020/84 e 2.375/89 EDITADAS ANTERIORMENTE A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 29/2001. RECURSO DO MUNICÍPIO DESPROVIDO. RECURSO ADESIVO. PLEITO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA TABELA ANEXA À LEI COMPLEMENTAR N. 35/1996. PLANTA DE VALORES. CONSTITUCIONALIDADE. APELO DESPROVIDO. Conforme o posicionamento consolidado do Supremo Tribunal Federal, “é vedado ao Poder Executivo Municipal, por simples decreto, alterar o valor venal dos imóveis para fins de base de cálculo do IPTU” (AgR no AI n. 420015/MG, Min. Carlos Velloso), o que deve ser feito por meio de lei em sentido formal. (Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível n. 2010.082893-5, de Joinville, rel. Des. Luiz César Medeiros) (TJSC, Apelação Cível n. 2011.045769-8, de Joinville, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 05-12-2013).

Apesar de todo o esforço argumentativo da municipalidade em suas manifestações nos autos, o que foi constatado, no Relatório da Comissão nomeada por meio do Decreto n. 5920/09, incumbida de examinar a planta de valores local e o “valor venal” dos imóveis urbanos de Campos Novos, foi no sentido de que fora por ela constatado “que os valores dos imóveis, constantes no sistema da Prefeitura, estão muito abaixo do valor praticado no mercado” (fl. 97, alínea “a”, do aludido Relatório). E, em suas conclusões, item 1, afirmou-se: “O valor venal utilizado pela Prefeitura Municipal de Campos Novos possui grande defasagem em relação aos preços praticados (...)”, sugerindo-se, ao final, a atualização da PGV.

Com efeito, conquanto se diga ter havido mera atualização da PGV com esteio nos índices inflacionários, não é isso que se extrai do

Relatório elaborado pela Comissão de Revisão, que por sua vez embasa o Decreto aqui vergastado.

Frise-se, ainda, que não restou observada regra expressa constante no CTM de Campos Novos no sentido de que a atualização monetária deveria ocorrer “anualmente”, obrigação esta prevista no art. 260, daquele ato normativo. De fato, tem sido prática comum em diversos Municípios do Estado simplesmente, após anos sem atualização monetária, apresentar ao contribuinte percentuais de reajustes infundados, sob o pretexto de corrigir valores da PGV segundo a inflação. Não se pode chancelar essa ilegal omissão. Reajuste de valores segundo índices inflacionários deve ocorrer ano a ano, em observância, inclusive, ao princípio da capacidade contributiva.

No particular, as Constituições Federal e Estadual estabelecem, respectivamente, nos arts. 150, I e 128, I, que, “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado ao Estado e a seus Municípios (...) exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Vale ainda o registro no sentido de que o CTN, no parágrafo primeiro do art. 97, dispõe equiparar-se “à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso”.

No sentido do afirmado, inclusive, já decidiu o STJ que:

A majoração da base de cálculo do IPTU depende da elaboração de lei, não podendo um simples decreto atualizar o valor venal dos imóveis sobre os quais incide tal imposto com base em uma planta de valores, salvo no caso de simples correção monetária (STJ, AgRg no AREsp n. 66849/MG, rel. Min. Humberto Martins, j. 06.12.2011).

Impende dizer, por fim, que o caso ora sob julgamento não se confunde com a polêmica relativa ao IPTU de Florianópolis, objeto de exame nas últimas Sessões deste colendo Órgão Especial (a não ser quanto à matéria de fundo – atualização da PGV) posto que, naquele caso, a municipalidade havia majorado a Planta de Valores por meio de Lei Complementar, suprimindo as exigências legais e constitucionais, ao menos no

tocante ao seu aspecto formal. Aqui, não restou observada a necessidade de edição de lei em sentido estrito.

II – MODULAÇÃO DOS EFEITOS

A invalidação do ato normativo hostilizado, vigente desde a data de sua publicação ocorrida em 29.12.2009, ensejará ações de repetição de indébito por parte dos munícipes, circunstância que pode desaguar no comprometimento de serviços públicos essenciais, em prejuízo da comunidade local. Demais disso, não é a majoração do IPTU que se apresenta equivocada, mas a forma como ela foi atingida. Nesse tocante, nada impede que, desde logo, a municipalidade edite nova Lei, aplicando a correção do valor venal dos imóveis insertos no Município, respeitado o princípio da anterioridade. Com efeito, dispõe o art. 17 da Lei 12.069/ 2001:

Art. 17. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Tribunal de Justiça, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O interesse social aqui revela-se em uma fórmula de continuidade. Como já frisado, há uma presumível defasagem na Planta de Valores de Campos Novos, somente revista, de modo incorreto, no ano de 2009, com o ato normativo ora objeto de invalidação. Quando do ajuizamento da inicial, no ano de 2012, já se haviam passado mais de 2 anos, com a cobrança do IPTU em seus valores atuais, ora invalidados por vício de forma. Há excepcional interesse social no não comprometimento dos serviços públicos primários, possivelmente atingidos pela repetição de indébito.

Assim, sendo, a modulação dos efeitos da presente decisão se afigura crucial, a fim de evitar prejuízos ainda maiores à comunidade e ao Município de Campos Novos. Sugere-se, nesse sentido, que os efeitos sejam modulados para que incidam, no caso concreto, a partir da publicação da presente decisão, de modo que permita ao ente federado editar

a competente Lei com a atualização dos valores da PGV, segundo a inflação e a defasagem apurada a título de valor venal dos imóveis locais.

Em face do exposto, julga-se procedente a presente demanda, para declarar a inconstitucionalidade do Decreto Municipal n. 5.923/2009, com efeitos a partir da publicação desta decisão. Por arrastamento, declara-se a inconstitucionalidade do § 2.º do art. 257 do CTM de Campos Novos.

Este é o voto.

Ação direta de inconstitucionalidade n. 2013.075797-2, de Xanxerê

Relator: Des. Jânio Machado

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL PARA DEFESA DA NORMA IMPUGNADA. DESNECESSIDADE. NOTIFICAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO, QUE ANUIU AO PEDIDO INICIAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE XANXERÊ. NORMA QUE DELEGA À CÂMARA MUNICIPAL A COMPETÊNCIA PARA A FIXAÇÃO DO NÚMERO DE VEREADORES. MATÉRIA QUE, NECESSARIAMENTE, DEVE CONSTAR DA PRÓPRIA LEI ORGÂNICA. ARTIGO 111, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, E ARTIGO 29, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESENÇA DE VÍCIO MATERIAL. DECRETO LEGISLATIVO EDITADO A PARTIR DA NORMA IMPUGNADA QUE, INCLUSIVE, JÁ FOI DECLARADO INCONSTITUCIONAL POR ESTA CASA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL, COM EFEITOS A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO.

1. “Em ação direta, é desnecessária a nomeação de curador para a defesa do texto combatido se a autoridade que detém a respectiva atribuição constitucional deixa de fazê-lo ou anui ao pedido inicial.” (ação direta de inconstitucionalidade n. 2011.046982-0, de Lages, relator o desembargador Ricardo Fontes, j. em 7.3.2012).

2. O número de vereadores que compõem a Câmara Municipal deverá, necessariamente, ser fixado na Lei Orgânica do Município, observados os limites estabelecidos na Constituição Federal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ação direta de inconstitucionalidade n. 2013.075797-2, da comarca de Xanxerê (1ª Vara Cível), em que é requerente Ministério Público do Estado de Santa Catarina e, requeridos, Prefeito Municipal de Xanxerê e Câmara de Vereadores do Município de Xanxerê:

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, julgar procedente o pedido inicial para declarar a inconstitucionalidade do artigo 14 da Lei

Orgânica do Município de Xanxerê, com efeitos “ex nunc”. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 17 de dezembro de 2014, foi presidido pelo desembargador Nelson Schaefer Martins, com voto, e dele participaram os desembargadores Ronei Danielli, Gaspar Rubick, Pedro Manoel Abreu, Trindade dos Santos, Luiz César Medeiros, Eládio Torret Rocha, Fernando Carioni, Torres Marques, Rui Fortes, Marcus Túlio Sartorato, Cesar Abreu, Salim Schead dos Santos, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Alexandre d'Ivanenko, Moacyr de Moraes Lima Filho e Jorge Luiz de Borba.

Funcionou como representante do Ministério Público a procuradora Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2014.

Jânio Machado
RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, representado pelo coordenador do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade – CECCON, propôs ação direta de inconstitucionalidade impugnando o artigo 14 da Lei Orgânica do Município de Xanxerê, “que estabelece que o número de vereadores será fixado pela Câmara Municipal na sessão legislativa do ano que anteceder as eleições”. Argumentou, em síntese, que: a) o Decreto Legislativo n. 003/2011, que fixou o número de vereadores a partir da autorização contida na norma impugnada, é objeto da ação direta de inconstitucionalidade n. 2012.039099-9 e b) o dispositivo legal em questão está acometido de vício material a medida que a composição da Câmara Municipal deverá, necessariamente, ser fixada pela Lei Orgânica do Município e alterada por meio de emenda,

conforme o disposto no artigo 29, inciso IV, da Constituição Federal, e no artigo 111, inciso V, da Constituição Estadual.

O prefeito do Município de Xanxerê e o presidente da Câmara de Vereadores, embora notificados (fl. 42), não prestaram informações (fl. 43), e o procurador daquele Município sustentou não ter obrigação de “defender a norma supostamente inconstitucional” e anuiu ao pedido inicial (fls. 52/60).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, com vista dos autos (fl. 62), manifestou-se pela necessidade da notificação do procurador-geral do Município “para que defenda, efetivamente, o art. 14 da Lei Orgânica Municipal (...) e, caso não o faça, seja nomeado **curador especial** para tal fim”, requerendo, após, “a abertura de vista dos autos para a manifestação quanto ao mérito” (o grifo está no original) (fls. 63/69).

VOTO

A inexistência de defesa da norma impugnada, ou a expressa anuência ao pedido inicial, pelo procurador-geral do Município de Xanxerê (fls. 52/60), muito embora notificado para os fins do artigo 8º da Lei n. 12.069, de 27.12.2001, não justifica uma nova notificação, com idêntica finalidade, muito menos a nomeação de curador especial, conforme o que vem sendo decidido neste Órgão Especial:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CURADOR ESPECIAL. DESNECESSIDADE DE NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. LEI QUE PREVÊ O PLANO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO. PROJETO DE LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. SANÇÃO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO COM VETOS. PROMULGAÇÃO, POSTERIOR, DO DIPLOMA NA SUA FORMA ORIGINAL, ANTE A DERRUBADA DOS VETOS PELO LEGISLATIVO MUNICIPAL. DISPOSITIVOS IMPUGNADOS QUE INVADEM A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E ADMINISTRATIVA DO PREFEITO MUNICIPAL. AFRONTA À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. AUMENTO DE DESPESA NÃO PREVISTA NO ORÇAMENTO. IMPOSIÇÃO DE NOVAS

REGRAS CONCERNENTES À ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AÇÃO PROCEDENTE.

1 Não se fez necessária a nomeação de curador especial para a defesa do texto atacado, na hipótese de autoridade que representa o Poder Legislativo Municipal não promover essa defesa ou avalizar o pedido inicial.

(...)” (ação direta de inconstitucionalidade n. 2008.070414-0, de Lages, relator o desembargador Trindade do Santos, j. em 16.10.2013. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 3 nov. 2014).

E, ainda:

“AÇÃO DIRETA. LEI N. 3.652, DE 3-5-2010, DO MUNICÍPIO DE LAGES. CURADOR ESPECIAL.

Em ação direta, é desnecessária a nomeação de curador para a defesa do texto combatido se a autoridade que detém a respectiva atribuição constitucional deixa de fazê-lo ou anui ao pedido inicial.

(...)” (ação direta de inconstitucionalidade n. 2011.046982-0, de Lages, relator o desembargador Ricardo Fontes, j. em 7.3.2012. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 3 nov. 2014).

Some-se:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROMOVIDA POR PROMOTOR DE JUSTIÇA. MANIFESTAÇÃO PELO PREFEITO MUNICIPAL E PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE ROMELÂNDIA NO SENTIDO DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. DESNECESSIDADE DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. SUBMISSÃO DO PROCESSO EM DEFINITIVO AO ÓRGÃO ESPECIAL PARA JULGAMENTO DO MÉRITO. LEI ESTADUAL 12.069/2001.

(...)” (ação direta de inconstitucionalidade n. 2010.064032-4, de Anchieta, relator o desembargador Nelson Schaefer Martins, j. em 19.10.2011. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 3 nov. 2014).

A presente ação foi proposta com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade do artigo 14 da Lei Orgânica do Município de Xan-

xerê, que estabelece a fixação do número de vereadores “pela Câmara Municipal na sessão legislativa que anteceder as eleições, tendo em vista a população do município e observados os limites estabelecidos em lei”, o que constituiria indevida delegação da competência para, por meio de norma diversa, dispor acerca de matéria que, necessariamente, deve constar da Lei Orgânica do Município, o que estaria violando o artigo 29, inciso IV, da Constituição Federal, e o artigo 111, inciso V, da Constituição Estadual.

O artigo 111, inciso V, da Constituição do Estado de Santa Catarina, com a redação atribuída pela Emenda Constitucional n. 38, de 20.12.2004, assim dispõe:

“Art. 111. O Município rege-se 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 na Constituição Federal e nesta Constituição, e os seguintes preceitos:

(...)

V - número de Vereadores proporcional à população do Município, obedecidos os limites da Constituição Federal;”.

E o número de vereadores que compõem a Câmara Municipal está bem definido nas alíneas do inciso IV do artigo 29 da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 58, de 23.9.2009:

“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:

IV - para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de:

- a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes;
- b) 11 (onze) Vereadores, nos Municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até 30.000 (trinta mil) habitantes;

- c) 13 (treze) Vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes;
- d) 15 (quinze) Vereadores, nos Municípios de mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes e de até 80.000 (oitenta mil) habitantes;
- e) 17 (dezesete) Vereadores, nos Municípios de mais de 80.000 (oitenta mil) habitantes e de até 120.000 (cento e vinte mil) habitantes;
- f) 19 (dezenove) Vereadores, nos Municípios de mais de 120.000 (cento e vinte mil) habitantes e de até 160.000 (cento sessenta mil) habitantes;
- g) 21 (vinte e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 160.000 (cento e sessenta mil) habitantes e de até 300.000 (trezentos mil) habitantes;
- h) 23 (vinte e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 300.000 (trezentos mil) habitantes e de até 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes;
- i) 25 (vinte e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes e de até 600.000 (seiscentos mil) habitantes;
- j) 27 (vinte e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 600.000 (seiscentos mil) habitantes e de até 750.000 (setecentos cinquenta mil) habitantes;
- k) 29 (vinte e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes e de até 900.000 (novecentos mil) habitantes;
- l) 31 (trinta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 900.000 (novecentos mil) habitantes e de até 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes;
- m) 33 (trinta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes e de até 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes;
- n) 35 (trinta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes e de até 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes;
- o) 37 (trinta e sete) Vereadores, nos Municípios de 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes e de até 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes;
- p) 39 (trinta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes e de até 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes;

- q) 41 (quarenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes e de até 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes;
- r) 43 (quarenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes e de até 3.000.000 (três milhões) de habitantes;
- s) 45 (quarenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 3.000.000 (três milhões) de habitantes e de até 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes;
- t) 47 (quarenta e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes e de até 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes;
- u) 49 (quarenta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes e de até 6.000.000 (seis milhões) de habitantes;
- v) 51 (cinquenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 6.000.000 (seis milhões) de habitantes e de até 7.000.000 (sete milhões) de habitantes;
- w) 53 (cinquenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 7.000.000 (sete milhões) de habitantes e de até 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; e
- x) 55 (cinquenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 8.000.000 (oito milhões) de habitantes;”.

O artigo 14 da Lei Orgânica do Município de Xanxerê não prevê o número de vereadores que compõem a Câmara Municipal, delegando à própria Câmara a sua fixação (fl. 14). E assim o fazendo incorre em vício material, uma vez que deixa de dispor sobre matéria que a Constituição Estadual lhe reservou.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o número de vereadores deve ser fixado na Lei Orgânica do Município:

“EMENTA: CÂMARA DE VEREADORES. NÚMERO DE CADEIRAS. A teor do disposto no art. 29 da Constituição Federal, deve ele ser fixado mediante preceito da Lei Orgânica do Município e não por meio de simples resolução do órgão legislativo. Recurso não conhecido.” (recurso extraordinário n. 172.004, do Rio Grande do Sul, Tribunal Pleno, relator para o acórdão o ministro Ilmar Galvão, j. em 24.3.1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 3 nov. 2014).

O Órgão Especial desta Corte, por ocasião do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 2012.039099-9, de Xanxerê, na sessão do dia 1º.10.2014, declarou a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo n. 003/2011, editado a partir da norma impugnada, o que se fez justamente em razão de nele ter sido abordada matéria que deveria constar na Lei Orgânica do Município:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO LEGISLATIVO DO MUNICÍPIO DE XANXERÊ QUE MAJOROU O NÚMERO DE VEREADORES. VÍCIO DE FORMA. MODIFICAÇÃO QUE DEVE SER FEITA POR EMENDA À LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. EXEGESE DO DISPOSTO NO ART. 111, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, OBSERVADOS OS LIMITES DO INCISO IV DO ART. 29 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

[...] Ocorrerá inconstitucionalidade formal quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico [...] (Ministro Luís Roberto Barroso).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO LEGISLATIVO DO MUNICÍPIO DE XANXERÊ QUE MAJOROU O NÚMERO DE VEREADORES. PROCEDÊNCIA. EFEITO REPRISTINATÓRIO. DESNECESSIDADE DE RECONHECIMENTO. DETERMINAÇÃO DO NÚMERO DE VEREADORES À CÂMARA MUNICIPAL POR RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL.

Desnecessário o exame quanto a efeito repristinatório por força do reconhecimento da inconstitucionalidade do Decreto Municipal n. 003/2011, haja vista o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Resolução n. 21.803/2004, ter fixado o número de Vereadores à Câmara Municipal de Xanxerê, no mesmo patamar estabelecido pelo diploma municipal revogado.” (o grifo está no original) (ação direta de inconstitucionalidade n. 2012.039099-9, de Xanxerê, relator o desembargador Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 1º.10.2014. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 3 nov. 2014).

Do voto, extrai-se:

“(…)

No caso dos autos, a Lei Orgânica do Município de Xanxerê, em seu art. 14, prevê que: *‘o número de vereadores será fixado pela Câmara Municipal na sessão legislativa do ano que anteceder as eleições, tendo em vista a população do município e observados os limites estabelecidos em lei’* (fl. 20).

Na exordial, o Ministério Público não questiona o número de vereadores, no caso, a majoração de 9 (nove) para 13 (treze), mas a forma adotada, que, segundo sustenta, deveria ter sido feito por meio de Emenda à Lei Orgânica Municipal.

Para alicerçar a sua pretensão, afirma que o ato, como editado, viola a Constituição Estadual, que dispõe:

‘Art. 111. O Município rege-se por lei orgânica, votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição, e os seguintes preceitos:

[...]

V - número de Vereadores proporcional à população do Município, obedecidos os limites da Constituição Federal; [...].’

Com base nessa assertiva, alega que a majoração do número de Vereadores deveria ser realizado por Emenda à Lei Orgânica Municipal, pois possui um processo mais rigoroso para aprovação, se comparado com o Decreto Legislativo.

Quanto ao tema, o Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO ensina:

‘A constituição disciplina o modo de produção das leis e demais espécies normativas primárias, definindo competências e procedimentos a serem observados em sua criação. De parte isso, a sua dimensão substantiva, determina condutas a serem seguidas, enuncia valores a serem preservados e fins a serem buscados. Ocorrerá inconstitucionalidade formal quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência **ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico**’ (O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26. grifei).

É forçoso reconhecer que a Lei Orgânica do Município de Xanxerê deixou de disciplinar expressamente o número de Vereadores, porque, conforme in-

formações prestadas pelo Presidente da Câmaras de Vereadores, a alteração sempre foi feita por meio de Decreto Legislativo (fl. 79).

Contudo, esse fato não tem o condão de obstar a análise da (in)constitucionalidade do Decreto Legislativo n. 003/2011, porquanto se trata de norma autônoma, passível de impugnação no controle concentrado, sendo que o exame está direcionado à possibilidade de violação de preceitos da Constituição Estadual.

Saliento, por oportuno, que não desconheço o posicionamento adotado no julgamento da ADI n. 2012.051315-7 por este Órgão Especial, em que a maioria, julgou extinta a ação sob o fundamento de que a demanda deveria ter sido ajuizada para questionar a própria Lei Orgânica.

Entretanto, como ponderado pelo Procurador de Justiça, Dr. Basílio Elias De Caro, essa situação [...] *não afasta a possibilidade de análise da constitucionalidade do Decreto Legislativo n. 003/2011 em face da Constituição Estadual, em sede de controle abstrato, eis que dispôs sobre matéria de reserva da lei orgânica, mácula diretamente relacionada com o texto constitucional, pouco importando que, a rigor, e com o propósito de se evitar sucessivas reedições desta natureza, o correto seria a propositura da ação em face da lei orgânica*’ (fls. 132-133).

Ressalto, também, que não há impedimento para o ajuizamento de nova ação direta de inconstitucionalidade para questionar o texto da Lei Orgânica do Município de Xanxerê.

Sob tais circunstâncias, após essas considerações, tenho que a fixação do número de Vereadores, por meio de Decreto, viola o inciso V art. 111 da Constituição Estadual, porquanto a matéria deverá constar, expressamente, na Lei Orgânica do Município, respeitados os limites na Constituição Federal, em seu art. 29, inciso IV.

(...)” (Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 3 nov. 2014).

Assim, se o decreto legislativo que fixou o número de vereadores foi declarado inconstitucional por esta Corte porque a matéria está reservada à Lei Orgânica do Município, também será inconstitucional o dispositivo desta lei que remete à Câmara de Vereadores a legislação da

matéria, o que somente resultaria na edição de ato normativo acometido de idêntico vício formal.

A inconstitucionalidade é formal “quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição” e material “quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da constituição” (SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 47).

O artigo 14 da Lei Orgânica do Município de Xanxerê, portanto, está acometido de vício material, em face de não ter previsto o número de vereadores que compõem a Câmara Municipal, conforme o que dispõe o artigo 111, inciso V, da Constituição Estadual, e os parâmetros contidos nas alíneas do inciso IV do artigo 29 da Constituição Federal.

Com essas considerações, o artigo 14 da Lei Orgânica do Município de Xanxerê é declarado inconstitucional, com efeitos a partir da publicação do acórdão.

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2014.049293-8/0001.00, de Meleiro

Relator: Des. Subst. Luiz Zanelato

AGRAVO INTERNO (ART. 557, § 1º, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.

CONFRONTO À DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO, LIMINARMENTE, AO RECURSO POR AUSÊNCIA DA CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA AO AGRAVANTE. DOCUMENTO OBRIGATÓRIO (ART. 525, I, DO CPC). JUNTADA APENAS DE CÓPIA DE CERTIDÃO DA PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO EM NOME DA PROCURADORA DO AGRAVADO. MEIO INEFICAZ E IMPRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE DE CHECAR A TEMPESTIVIDADE DO RECURSO.

ABERTURA DE PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DA REFERIDA PEÇA. DESCUMPRIMENTO. JUNTADA DO DOCUMENTO ANTERIORMENTE CONSIDERADO INVÁLIDO.

DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Por dever processual, incumbe ao agravante velar pela correta e regular instrução da petição de agravo de instrumento, que inclui a juntada das peças obrigatórias previstas no art. 525, I, do CPC, no ato da interposição do recurso, dentre elas, a certidão de intimação da decisão agravada, porquanto tem por finalidade permitir a verificação da tempestividade do agravo de instrumento.

2. Descumprindo, o recorrente, comando que lhe concedeu cinco dias para suprir a lacuna, consumada e insuperável resta a irregularidade na formação do instrumento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2014.049293-8/0001.00, da comarca de Meleiro (Vara Única), em que é agravante Banco do Brasil S/A., e agravado Roberto Borges:

A Câmara Civil Especial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Des. Denise de Souza Francoski.

Florianópolis, 20 de novembro de 2014.

Luiz Zanelato
RELATOR

RELATÓRIO

Banco do Brasil S/A. interpôs agravo interno em agravo de instrumento da decisão que negou, liminarmente, seguimento ao recurso (fls. 49-52) nos termos do art. 557, *caput*, c/c art. 525, I, ambos do CPC, fundada na apresentação de meio impróprio para comprovação de sua intimação da decisão agravada.

Sustenta, em síntese, que a decisão agravada viola os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição e do amplo acesso ao Poder Judiciário porque, na interposição do recurso, o agravante observou todos os requisitos previstos no art. 525, I, do CPC, tendo apresentado todos os documentos obrigatórios e, ainda que assim não fosse, deveria o relator converter o julgamento em diligência para suprir a falha, em atenção ao princípio da instrumentalidade das formas.

Ao finalizar, requer o provimento ao recurso para ser reformada a decisão monocrática de admissibilidade e, deste modo, ser conhecido e provido o agravo de instrumento.

VOTO

Reexaminados os autos, constata-se que, efetivamente, o agravo de instrumento originário não preenche os requisitos de admissibilidade, porquanto se apresenta deficientemente instruído.

Ao dispor sobre a formalização do agravo de instrumento, o Código de Processo Civil, no art. 525 e incisos, assim estabelece:

Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída:

I – obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;

II – facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis [...]

À luz do dispositivo transcrito, depreende-se que o recurso de agravo de instrumento, ao ser apresentado na Justiça, precisa estar acompanhado com cópias dos documentos considerados obrigatórios e daqueles tidos como essenciais e relevantes à compreensão da decisão recorrida.

Extrai-se do processado, especialmente à fl. 33, que a parte agravante exibiu cópia de página do Diário da Justiça eletrônico, com a finalidade de demonstrar o ato de sua intimação acerca do interlocutório recorrido.

Todavia, referido documento não é hábil em atestar sua ciência da decisão agravada, porquanto se trata da certidão de intimação em nome da procuradora do agravado.

Em face à hodierna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, constatada a ineficácia da aludida peça, assinou-se à parte agravante o prazo de 5 (cinco) dias, para o suprimento da irregularidade (fl. 41), o qual, todavia, não foi cumprido de forma escorreita.

Isso porque, além de extemporânea, a peça é imprestável, já que se trata da certidão de intimação do agravado, documento que já havia sido juntado quando da interposição do agravo de instrumento (fl. 33 verso).

A decisão agravada foi proferida na data de 17-6-2014 (fl. 32), ao passo em que o agravo de instrumento foi interposto em 22-7-2014 (fl. 2), decorrido, pois, o decênio legal previsto no art. 522 do CPC.

Por dever processual, incumbe ao agravante velar pela correta e regular instrução da petição de agravo de instrumento, que inclui a juntada das peças obrigatórias previstas no art. 525, I, do CPC, no ato da interposição do recurso.

Nesse sentido, aponta a orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça:

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO AGRAVO POR AUSÊNCIA DA CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

MERA CÓPIA DA PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO DE JUSTIÇA ELETRÔNICO NÃO POSSUI O MESMO VALOR PROBANDO QUE A CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO DO ATO NO DIÁRIO DE JUSTIÇA.

NECESSIDADE DA JUNTADA DA CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA EMITIDA PELO ESCRIVÃO JUDICIAL OU DO CHEFE DE CARTÓRIO OU AINDA A CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO DO ATO NO DIÁRIO DE JUSTIÇA.

DEVER DA PARTE RECORRENTE DE INSTRUMENTALIZAR O AGRAVO COM OS DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS E FACULTATIVOS NECESSÁRIOS PARA O DESLINDE DA QUESTÃO, SIMULTANEAMENTE À INTERPOSIÇÃO DO RECURSO (ART. 525, DO CPC).

DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2014.029562-6, de Itajaí, rela. Des. Denise de Souza Luiz Francoski, j. 21-8-2014).

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PEÇA OBRIGATÓRIA. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 525, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

ENTENDIMENTO FIRME DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE QUALQUER OUTRO DOCUMENTO IDÔNEO NO QUAL SE POSSA AFERIR, COM CERTEZA, A TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE RECURSO, NÃO OBSTANTE DUAS AS OCASIÕES EM QUE A PARTE RETORNA E SE MANIFESTA NOS AUTOS.

Nos termos do art. 544, § 1º, do CPC, com redação anterior à Lei 12.322/2010, a cópia da certidão de intimação da decisão agravada é obrigatória para a formação do agravo de instrumento. (AgRg no Ag 1432914 / PE. Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA. Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento: 20-5-2014)

Todavia, “a ausência da cópia da certidão de intimação da decisão agravada não é óbice ao conhecimento do Agravo de Instrumento quando, por outros meios inequívocos, for possível aferir a tempestividade do recurso, em atendimento ao princípio da instrumentalidade das formas.” (Resp 1409357 / SC. Relator: Ministro SIDNEI BENETI. Órgão Julgador: S2 - SEGUNDA SEÇÃO, em 14-5-2014).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2012.085726-2, de Blumenau, rel. Des. Artur Jenichen Filho, j. 3-7-2014).

AGRAVO REGIMENTAL (ART, 557, §1º, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO PELA AUSÊNCIA DE CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. APELO INSTRUÍDO COM CÓPIA DA CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO DA DECISÃO NO DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO. PEÇA QUE NÃO PERMITE AVERIGUAR A TEMPESTIVIDADE DO RECLAMO. INTELIGÊNCIA DO ART. 525, I, DO CÓDIGO BUZAID.

‘[...] a simples juntada da publicação do Diário Oficial de Justiça [...] não constitui documento suficiente para comprovar a intimação da decisão agravada nos moldes que preceitua o mencionado dispositivo legal’ (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2011.087811-5/0001.00, de Biguaçu, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 1-3-2012) (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.084934-1, de Itajaí, rel. Des. Rejane Ander-

sen, j. 7-8-2012). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 2013.084253-2, de Abelardo Luz, rel. Des. Edegar Gruber, j. 9-6-2014).

Se a lei é clara quanto à forma e o momento da instrução do agravo de instrumento, pois o art. 525, I, do CPC não deixa dúvidas a respeito, não há se falar em violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição e do amplo acesso ao Poder Judiciário, que, no caso, foram devidamente respeitados. Ademais, não há se condescender com a negligência acerca de norma tão mezinha por conta de reverência ao decantado princípio da instrumentalidade da forma, sob pena de se sacrificar outro princípio - este de vertente constitucional e, portanto, de graduação superior -, o da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CR), cuja essência repousa na celeridade processual.

Aliás, a omissão do recorrente é tanta que sequer, com a petição de agravo interno, dignou-se trazer aos autos a peça obrigatória retro indicada, no mister de regularizar o processo. Ao contrário, clama por novo prazo, para, deste modo, protelar ainda mais a duração do processo.

Nesta ordem de pensamento tem-se que, como consequência, a irregularidade de que se cogita acarreta o indeferimento liminar do recurso em conformidade com o disposto no art. 527, I, c/c o art. 557, *caput*, do CPC, que desta forma preceituam:

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator:

I – negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557 [...]

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Concernente à consequência dessa falha, Nelson Luiz Pinto manifesta no sentido de que “[...] A omissão quanto a alguma das peças previstas na lei como obrigatórias acarretará o não conhecimento por falta de regularidade formal, que constitui um dos requisitos de admissibilidade dos recursos [...]” (*Manual dos Recursos Cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 132).

Como demonstrado, mostra-se acertada a decisão monocrática combatida pela via de agravo interno, e sua manutenção é medida que se impõe, uma vez que, de acordo com o art. 557, *caput*, do CPC, a falta de documento obrigatório torna inadmissível o agravo de instrumento, fato suficiente que autoriza o relator a negar seguimento ao recurso.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, com fundamento no artigo 525, I, c/c o artigo 557, *caput*, ambos do CPC.

É como voto.

Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2014.039975-9/0001.00, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Subst. Luiz Zanelato

AGRAVO (§ 1º ART. 557 DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONFRONTO A DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO PARA DECLARAR A NULIDADE PARCIAL DO DECISÓRIO AGRAVADO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C ART. 165, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPRESCINDIBILIDADE DE EXPOSIÇÃO DOS MOTIVOS FÁTICOS E JURÍDICOS EMBASADORES DO CONVENCIMENTO DO JUIZ DA CAUSA. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A ENSEJAR A RETRATAÇÃO DO POSICIONAMENTO IMPUGNADO. INSURGÊNCIA QUE PRETENDE A REFORMA DA DECISÃO UNIPES-SOAL SEM APONTAMENTO DE SÚMULA OU JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE EM CONTRÁRIO. DESCABIMENTO.

DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. “A garantia constitucional estatuída no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação.” [...] (STF, RE n. 540.995, Relator: Min. Menezes Direito, j. em: 19/02/2008, DJE de 02/05/2008) (Agravo de Instrumento n. 2012.026386-7, da Capital, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. 5-7-2012)
2. “O art. 557 do Código de Processo Civil, com a nova redação dada pela Lei n. 9.756/98, conferiu ao relator o poder de negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a

jurisprudência do respectivo tribunal ou de tribunal superior, ainda que não sumulada' (REsp n. 1220726/SC, rel. Ministra Laurita Vaz, publ. em 10-9-2012).

Tais circunstâncias aplicam-se, da mesma forma, ao parágrafo 1º-A do mesmo dispositivo, que autoriza o relator a dar provimento ao recurso, de forma, monocrática, baseado em jurisprudência dominante ou em entendimento sumulado, não ofendendo, assim, o princípio da colegialidade.

Dessarte, inviável a retratação do posicionamento exarado na decisão unipessoal [...] sem a demonstração de que o *decisum* estaria em desacordo com a jurisprudência dominante.” (Agravado (§ 1º art. 557 do CPC) em Apelação Cível n. 2011.068746-6, da Capital, rel. Des. Robson Luz Varela, j. 4-11-2014).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2014.039975-9/0001.00, da comarca de Balneário Camboriú (Vara da Família, Órfãos e Sucessões), em que são agravantes G. B. e outro, e agravado C. E. P. B.:

A Câmara Civil Especial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Denise de Souza Francoski.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Mário Luiz de Melo.

Florianópolis, 20 de novembro de 2014.

Luiz Zanelato
Relator

RELATÓRIO

G. B. e J. T. B. C. interpuseram agravo interno em agravo de instrumento da decisão monocrática de fls. 54-60, que, com fundamento no art. 557, § 1º -A, do Código de Processo Civil, deu provimento ao agravo de instrumento para declarar a nulidade parcial da decisão agravada,

apenas nos capítulos que (i) defere a requisição de prova emprestada do processo de alimentos n. 005.10.050233-9, e (ii) determina a suspensão dos processos de n. 005.09.006456-3 e n. 005.09.013936-9, porquanto em manifesto confronto com a jurisprudência dominante deste Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que, em seu lugar, outra decisão seja proferida fundamentadamente.

Sustentam, em síntese, que: a) a decisão ora recorrida declarou a nulidade da suspensão das ações n. 005.09.013936-9 e 005.09.006456-3, sob o fundamento de que tais demandas consistem em execuções, porém, tratam-se de ações de conhecimento, de sorte que o entendimento jurisprudencial utilizado não serve para a hipótese ventilada nestes autos; b) a determinação de suspensão das indigitadas ações está sucintamente fundamentada no despacho agravado, porquanto a magistrada *a quo* consignou que a determinação do resultado da presente demanda, ação de exclusão por indignidade (autos n. 005.12.050355-1), será determinante para a definição da titularidade dos polos daquelas demandas; c) quanto ao deferimento da requisição de prova emprestada, igualmente, há fundamentação, ainda que sucinta.

Em conclusão, requerem a reforma da decisão monocrática e, por consequência, o restabelecimento da decisão do juízo *a quo* atacada pelo agravo de instrumento.

VOTO

Inicialmente, cumpre destacar que, conforme a inteligência do § 1º-A, do art. 557, do Código de Processo Civil, é facultado ao relator dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver, dentre outras possibilidades, em manifesto confronto com jurisprudência dominante das Cortes Superiores, senão vejamos:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1o-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

[...] (grifou-se)

Sobre a aplicabilidade do referido dispositivo, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery elucidam que:

O relator pode dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver em desacordo com súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal ou de tribunal superior. Esse poder é faculdade conferida ao relator, que pode, entretanto, deixar de dar provimento ao recurso, colocando-o em mesa para julgamento pelo órgão colegiado. A norma autoriza o relator, enquanto juiz preparador do recurso, a julgá-lo inclusive pelo mérito, em decisão singular, monocrática, sujeita a agravo interno para o órgão colegiado (CPC 557, § 1.º). A norma se aplica ao relator de qualquer tribunal ou de qualquer recurso. (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante* - 14. ed. rev., ampl. e atual - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1197).

No caso concreto em apreciação, insurgem-se as agravantes contra a decisão monocrática desta relatoria (fls. 54-60), cujo teor deu provimento ao agravo de instrumento, para declarar, parcialmente, a nulidade da decisão de primeira instância, tocante ao deferimento da requisição de prova emprestada do processo de alimentos n. 005.10.050233-9, bem como da determinação de suspensão dos processos de n. 005.09.006456-3 e n. 005.09.013936-9.

Isso porque, conforme ponderado na decisão ora recorrida, por força do princípio constitucional do devido processo legal previsto no art. 5º, LIV, da Constituição da República, as decisões do Poder Judiciário, tanto as administrativas (art. 93, inciso X), como as jurisdicionais, devem ser necessariamente fundamentadas, sob pena de nulidade, comiada no próprio texto constitucional, com esta redação:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

A fundamentação das decisões judiciais constitui exigência decorrente do Estado Democrático de Direito, porquanto representa instrumento destinado a possibilitar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de ampla defesa.

É dizer que a decisão judicial não pode ser um ato discricionário do julgador, desacompanhada de qualquer razão que a justifique.

Com efeito, em observância ao preceito constitucional em destaque, o art. 165 da Legislação Adjetiva Civil igualmente impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, ainda que de forma concisa:

As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

Feitas tais considerações, faz-se imperiosa, novamente, a transcrição *ipsis literis* da decisão de primeiro grau sob exame:

I. Considerando que não formalizada a angularidade processual, defiro o pedido de desistência da ação no que toca à herdeira, J. A. B. V. (fls. 2089 e 2121).

Sendo assim, proceda-se a reatuação do polo ativo da demanda.

II. J. T. B. C. e G. B. ajuizaram a presente Ação Ordinária, em face de C. E. P. B., na qual pugnam pela concessão dos benefícios da justiça gratuita.

In casu, verifico que as requerentes não cumpriram na integralidade as determinações de fl. 2087, não comprovando, portanto, sua condição hipossuficiente.

Demais disso, compulsando os autos, infere-se dos próprios documentos juntados pelas partes requerentes a existência de uma situação econômica que difere do conceito do termo “pobreza”, presumindo-se que estas possuem condições de arcar com as custas de um processo, haja vista serem herdeiras de um vasto patrimônio deixado pelo de cujus, Ary Aquilino Buzzi.

Outrossim, infere-se que tão somente uma das requerentes auferia renda mensal de aproximadamente R\$3.000,00 (três mil reais), sendo o valor da causa arbitrado em R\$1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), isto é, fins meramente fiscais.

Na realidade, a prova necessária para o indeferimento da justiça gratuita não se compõe de critérios rígidos e absolutos. Cabe ao magistrado examinar as provas e deferir ou não o benefício.

Assim também é a orientação jurisprudencial catarinense:

“A presunção de hipossuficiência do peticionante, decorrente de lei, pode ser aniquilada, pois a simples declaração de pobreza na proemial, embora válida, não é prova inequívoca de sua afirmativa, especialmente quando o juiz verificar, pela natureza da lide e por outras provas e circunstâncias, que a parte, efetivamente, não faz jus à concessão do benefício. Pode o magistrado, utilizando-se de critérios próprios e havendo fundadas razões, indeferir de plano o pedido de assistência judiciária gratuita, expondo no decisum o motivos para tal expediente” (AI n 00.008551-0, de Mondaiá, DJ de 11.06.01, j. 24.05.01).

Destarte, os documentos de fls. 2090-2119, não demonstram a hipossuficiência das requerentes. Assim, em face das provas produzidas até o momento, o benefício da gratuidade da justiça deve ser indeferido.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de justiça gratuita e DETERMINO a intimação da parte autora para que, no prazo de 10 (dez) dias, recolha as custas processuais, sob pena de cancelamento da distribuição (art. 257 do CPC).

III. Uma vez realizado o pagamento das custas, cumpra-se os seguintes itens:

a) officie-se ao Juízo da 4 Vara Cível desta Comarca - autos n. 005.09.006456-3 e n. 005.09.013936-9 -, comunicando a existência da presente demanda e determinando o sobrestamento de referidas ações até decisão ulterior destes autos.

b) Indefiro por ora, o item “3.1” da exordial de fl. 19, porquanto os feitos ainda se encontram em trâmite, bem como que a determinação de item “III”, deste decisum será providência suficiente para tanto.

c) Defiro o requerimento de prova emprestada, bem como que o feito seja distribuído por dependência aos autos da ação de alimentos de n. 005.10.050233-9. Sendo assim, proceda-se a Sra. Chefe de Cartório a

requisição dos autos da ação de alimentos de n. 005.10.050233-9 do Arquivo Central, mediante o pagamento pelas partes requerentes de eventuais custas/emolumentos.

- d) Indefiro o pedido de item “3.11”, de fl. 21, porquanto as próprias partes requerentes poderão encaminhá-lo pessoalmente ao representante do Ministério Público.
- e) Oficie-se ao Juízo do Inventário (3 Vara Cível desta Comarca - autos n. 005.10.014623-0), acerca da existência da presente ação, para fins de sobrestamento do feito e/ou possibilidade de reconhecimento da competência por conexão.
- f) Cite-se a parte requerida para que, no prazo legal, apresente resposta, querendo, feita a advertência relativa às consequências previstas no art. 285, segunda parte, do Código de Processo Civil.
- g) Apresentada a réplica, vista à representante do Órgão Ministerial. (fls. 28-29 – grifou-se)

Como se vê, ao esmiuçar o supratranscrito ato judicial, infere-se que sua fundamentação (tópico II) consubstancia-se tão somente em relação ao benefício da justiça gratuita pugnado pelas ora agravantes, inexistindo qualquer consideração de fato e jurídica para servir de fundamentação em apoio à motivação da decisão agravada, mormente no dispositivo (tópico III, letras “a” e “c”) cujo teor determinou a suspensão das ações n. 005.09.006456-3 e n. 005.09.013936-9, e deferiu a requisição de prova emprestada do processo de alimentos n. 005.10.050233-9.

Com efeito, considerando que a prova emprestada consiste em instituto excepcional, não previsto na legislação pátria, e, sim, na construção doutrinária, é imprescindível a observância a um rol de rigorosos requisitos, não sendo suficiente, portanto, seu deferimento sem constar as razões que o motivaram.

Nesse desiderato, confira-se a lição de Cândido Rangel Dinamarco:

A eficácia da prova emprestada, até por sua excepcionalidade e atipicidade no sistema, sujeita-se a uma série de requisitos bastante rigorosos e ligados à

observância do princípio do contraditório. Em primeiro lugar, é obviamente indispensável que já no processo de origem essa garantia haja sido observada. Exige-se também que naquele processo tenha estado presente, como parte, o adversário daquele que pretenda aproveitar a prova ali realizada - porque do contrário esse sujeito estaria suportando a eficácia de uma prova de cuja formação não participou. Mas a própria parte que pretende aproveitar-se de prova produzida alhures não precisa necessariamente ter sido parte também no outro processo, cabendo exclusivamente a ela o juízo da conveniência de valer-se ou não do empréstimo. (*Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 3, p. 9)

O mesmo raciocínio se mantém no que concerne a nulidade da determinação de suspensão das ações n. 005.09.006456-3 e n. 005.09.013936-9, pois, independentemente da fase processual em que se encontram, sempre que sobrevier comando judicial despidido de indispensável fundamentação, apresentar-se-á, nulo e, por isto, não poderá subsistir.

Sobre o tema, pertine transcrever o excerto de autoria de Lênio Streck e Gilmar Mendes:

A fundamentação das decisões – o que, repita-se, inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do próprio cidadão. Fundamentação significa não apenas explicitar o fundamento legal/constitucional da decisão. Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. Trata-se de uma verdadeira “blindagem” contra julgamentos arbitrários. O juiz ou Tribunal, por exemplo, devem expor as razões que os conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos [...]

O dispositivo do art. 93, IX deve ser compreendido nos quadros do Estado Democrático de Direito, paradigma no qual o direito assume um grau acentuado de autonomia mediante a política, a economia e a moral, em que há uma (profunda) responsabilidade política nas decisões (Dworkin). A motivação/justificação está vinculada ao direito à efetiva intervenção do juiz, ao

direito dos cidadãos a obter uma tutela judicial, sendo que, por esta razão – para se ter uma ideia da dimensão do fenômeno –, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera que a motivação integra-se ao direito fundamental a um processo equitativo, de modo que as decisões judiciais devem indicar de maneira suficiente os motivos em que se fundam [...]

A fundamentação é, em síntese, a justificativa pela qual se decidiu desta ou daquela maneira. É, pois, condição de possibilidade de um elemento fundamental do Estado Democrático de Direito: *a legitimidade da decisão*. É onde se encontram os dois princípios centrais que conformam uma decisão: a integridade e a coerência, que se materializam a partir da tradição filtrada pela reconstrução linguística da cadeia normativa que envolve a querela *sub judice*.

A obrigatoriedade da fundamentação é, assim, o corolário do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma obrigação do magistrado ou do Tribunal, trata-se de um direito fundamental do cidadão, de onde se pode afirmar que, em determinadas circunstâncias e em certos casos, uma decisão, antes de ser atacada por embargos declaratórios, é nula por violação do inciso IX do art. 93. (*Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1324/1325)

Em consonância, na sua análise aos preceitos constitucionais, Uadi Lammego Bulos pondera que:

O princípio da motivação das decisões judiciais é um consectário lógico da cláusula do devido processo legal. Até se ele não viesse inscrito nos incisos IX e X do art. 93, a obrigatoriedade de sua observância decorreria da exegese do art. 5º, LIV. Mesmo assim, o constituinte de 1988 prescreveu que as decisões judiciais devem ser motivadas sob pena de nulidade, porque em um Estado Democrático de Direito não se admite que os atos do Poder Público sejam expedidos em despreço às garantias constitucionais, dentre elas a imparcialidade e a livre convicção do magistrado. (*Constituição Federal anotada, 10ª ed. Atual e reformada até a Emenda Constitucional n. 70/2012* – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1013)

Confira-se a jurisprudência desta Corte sobre o tema:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO AGRAVADA QUE ATRIBUIU EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO SOMENTE QUAN-

DO PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO § 1º DO ART. 739-A DO CPC. NECESSIDADE DE EXPOSIÇÃO DAS RAZÕES PELAS QUAIS O MAGISTRADO ENTENDE QUE A SITUAÇÃO AUTORIZA A ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO CASO CONCRETO. NULIDADE DA DECISÃO (ARTS. 93, IX, DA CF, E 165 DO CPC). INTERLOCUTÓRIO CASSADO. NECESSIDADE DE REANÁLISE DA QUESTÃO PELO JUÍZO A QUO. MÉRITO RECURSAL PREJUDICADO. (Agravado de Instrumento n. 2012.030367-3, de Gaspar, rela. Des. Soraya Nunes Lins, j. 27-6-2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - DECISÃO QUE DETERMINA A SUSPENSÃO DA EXPROPRIATÓRIA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - RECONHECIMENTO DE OFÍCIO - VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 165, PARTE FINAL, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - DECISÃO CASSADA - NECESSIDADE DE REEXAME DA QUESTÃO JURÍDICA PELO JUÍZO *A QUO* - DECISÃO OBJURGADA QUE NÃO ANALISOU OS REQUISITOS EXPRESSOS NO ART. 739-A, § 1º, DA LEI INSTRUMENTAL CIVIL PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA SUSPENSIVA - PREJUDICIALIDADE DAS DEMAIS MATÉRIAS VENTILADAS NO RECURSO.

É nula a decisão interlocutória que, em embargos à execução, suspende a ação expropriatória sem analisar e fundamentar adequadamente a respeito do preenchimento dos requisitos exigidos no art. 739-A, § 1º, do Código de Processo Civil. Tal decisão contraria o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal e o art. 165, parte final, da Lei Processual Civil.

“A garantia constitucional estatuída no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação.” [...] (STF, RE n. 540.995, Relator: Min. Menezes Direito, j. em: 19/02/2008, DJE de 02/05/2008) (Agravado de Instrumento n. 2012.026386-7, da Capital, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. 5-7-2012) (grifou-se)

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SIMPLES RATIFICAÇÃO DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. - A jurisprudência desta Corte Superior tem se posicionado no sentido de ser possível ao Magistrado, ao fundamentar sua decisão, se reportar à sentença ou ao parecer ministerial como razão de decidir. - Entretanto, deve-se observar a obrigatoriedade, nos termos do art. 93, XI, da Constituição Federal, de fundamentar, ainda que sucintamente, o decisum, sendo necessária, no mínimo, a transcrição da aludida decisão a que se reporta. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para declarar a nulidade do acórdão proferido nos autos da Apelação Criminal nº 0043538-08.2005.8.26.0050 e determinar a realização de novo julgamento com a devida fundamentação. (HC 217867 / SP, Ministra MARILZA MAYNARD, j. 23-4-2013).

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO. TRANSCRIÇÃO DAS CONTRARRAZÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO INCORPORADAS ÀS RAZÕES DE DECIDIR. ALEGADA OFENSA AO ART. 458, INCISOS II E III, DO CPC. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA, EM RELAÇÃO À COMPETÊNCIA DA CORTE ESPECIAL, CONHECIDOS, MAS REJEITADOS.

1. A reprodução de fundamentos declinados pelas partes ou pelo órgão do Ministério Público ou mesmo de outras decisões atendem ao comando normativo, e também constitucional, que impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. O que não se tolera é a ausência de fundamentação.

Precedentes citados: HC 163.547/RS, 5.^a Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 27/09/2010; HC 92.479/RS, 5.^a Turma, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 09/03/2009; HC 92.177/RS, 6.^a Turma, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES - Desembargador convocado do TJCE -, DJe de 07/12/2009; HC 138.191/RS, 5.^a Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe de 07/12/2009; AgRg no REsp 1186078/RS, 5.^a Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2011; HC 98.282/RS, 5.^a Turma, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 16/11/2009; RHC 15.448/AM, 5.^a Turma, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJ de 14/06/2004; HC 27347/RJ, 6.^a Turma, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 01/08/2005; HC 192.107/TO, 5.^a Turma, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe de 17/08/2011.

2. Embargos de divergência, com relação à competência da Corte Especial, conhecidos, mas rejeitados. Determinação de redistribuição dos embargos no âmbito da Primeira Seção para análise dos recursos à luz dos paradigmas remanescentes. (EResp 1021851/SP, Ministra LAURITA VAZ, j. 28-6-2012).

Assim, constatando-se que a decisão, na parte recorrida, está em manifesto confronto com a jurisprudência deste Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se relevância na motivação deduzida no agravo, sendo certo que as circunstâncias refletidas nos autos autorizam o provimento do recurso para decretar a nulidade da decisão impugnada parcialmente, por falta absoluta de fundamentação, matéria de ordem pública conhecível de ofício.

Desse modo, inexistindo razão plausível para desconstituir a premissa que fundamentou o provimento do Agravo de Instrumento n. 2014.039975-9, julgado monocraticamente, por estar a decisão unipessoal impugnada em consonância com o entendimento assentado por Corte Superior e por este Tribunal de Justiça, deve ser desprovido o presente recurso.

A propósito:

AGRAVO INOMINADO. ART. 557, § 1º, DO CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA CONFORME JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO DESPROVIDO.

Deve-se negar provimento ao agravo inominado que não demonstra a dissonância da decisão monocrática agravada com a jurisprudência dominante do Tribunal local ou de Tribunal Superior. (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2014.033867-2, de Joinville, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. 9-10-2014) (grifou-se)

Por último, salienta-se que a decisão monocrática atacada em nada prejudica os recorrentes, uma vez que a decisão de primeiro grau deve ser renovada pelo juiz da causa, porém de forma fundamentada.

Pronuncio-me, pois, para conhecer e negar provimento ao presente recurso de agravo inominado ou interno.

É como voto.

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 2014.075406-5/0001.00, de Araquari

Relator: Des. Subst. Luiz Zanelato

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.

COMBATE A DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEFERIU EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO NÃO SUJEITO A QUALQUER ESPÉCIE DE RECURSO. INTELIGÊNCIA DO ART. 527, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC, E DO ART. 195, § 1º, do RITJSC. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

À luz das normas previstas no parágrafo único do art. 527 do CPC, e no art. 195, § 1º, do RITJSC, a decisão monocrática que converte o agravo de instrumento em retido, atribui ou nega efeito suspensivo ao recurso, concede ou indefere antecipação de tutela, não é passível de recurso de qualquer espécie e só comporta reforma por ocasião do julgamento do agravo. Admite, apenas, reconsideração, a critério do relator.

Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 2014.075406-5/0001.00, da comarca de Araquari (Vara Única), em que são agravantes José de Souza Gomes e outro, e agravada Miriam de Freitas de Campos:

A Câmara Civil Especial decidiu, por votação unânime, não conhecer do recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Artur Jenichen Filho.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2014.

Luiz Zanelato
RELATOR

RELATÓRIO

José de Souza Gomes e outro interpuseram agravo regimental em agravo de instrumento da decisão monocrática de fls. 220-224, que, por presentes os requisitos previstos no art. 558, *caput*, do CPC, deferiu o efeito suspensivo pleiteado ao agravo, para o fim de sustar os efeitos da decisão de primeiro grau até o julgamento definitivo da Câmara especializada competente.

Em conclusão, requerem a reforma da decisão monocrática e, por consequência, o restabelecimento da decisão do juízo *a quo* atacada pelo agravo de instrumento.

VOTO

Inicialmente, observa-se que, à luz da norma prevista no parágrafo único do art. 527 do CPC, a decisão monocrática que converte o agravo de instrumento em retido, atribui ou nega efeito suspensivo ao recurso, concede ou indefere antecipação de tutela, não é passível de recurso e só comporta reforma quando do julgamento do agravo. Admite, apenas, reconsideração, a critério do relator.

O Código de Processo Civil, no art. 557, *caput*, § 1º, elenca as possibilidades de cabimento da interposição do agravo interno, *verbis*:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º - A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º - Da decisão caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator

apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. (grifou-se).

Da redação dessa norma, interpreta-se que a Lei Adjetiva Civil limitou a interposição de agravo interno tão somente às decisões monocráticas ou unipessoais proferidas pelo relator que, de plano, negarem seguimento ou derem provimento ao agravo de instrumento.

Por conseguinte, o cabimento de tal recurso não compreende os casos em que o relator, por meio de decisão, defere ou indefere efeito suspensivo, ou nega a tutela antecipada recursal. Assim é porque o mérito do agravo de instrumento será, ainda, objeto de julgamento pela Câmara especializada competente, após prestadas as contrarrazões da parte agravada.

Confira-se a orientação jurisprudencial desta Corte:

AGRAVO INTERNO (ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERIU O PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO E DETERMINOU O PROCESSAMENTO DO INSTRUMENTO RECURSAL. IRRECORRIBILIDADE DA DECISÃO A TEOR DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 527 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO NÃO CONHECIDO. (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 2014.043583-5, da Capital, rela. Des. Denise de Souza Luiz Francoski, j. 2-10-2014).

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEFERIU O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL - IRRECORRIBILIDADE - EXEGESE DOS ARTS. 527, PARÁGRAFO ÚNICO E 557, § 1º, AMBOS DO CPC - NÃO CONHECIMENTO.

“O despacho do relator que concede ou nega efeito suspensivo ou a antecipação da tutela recursal ao agravo de instrumento não é atacável por qualquer espécie de recurso, segundo a nova redação dada ao artigo 527 do Código de Processo Civil pela Lei 11.187/05”. (Agravo Regimental n. 2006.028780-6/0001.00, da Capital, Rel. Des. Victor Ferreira). (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2014.048837-9, de Canoinhas, rel. Des. Cláudia Lambert de Faria, j. 18-9-2014).

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - INTERPOSIÇÃO CONTRA DESPACHO QUE DEFERIU O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA RECURSAL AO RECLAMO - RECURSO NÃO CONHECIDO.

“Com a redação dada pela Lei n. 11.187/2005 ao parágrafo único do artigo 527 do Código de Processo Civil, a decisão que aprecia o pedido de efeito suspensivo no agravo por instrumento somente poderá ser reformada quando do julgamento definitivo do agravo ou se reconsiderada pelo próprio Relator. Portanto, dessa decisão é incabível qualquer modalidade recursal, inclusive o agravo do art. 195 do RITJSC, porque previsto em legislação hierarquicamente inferior”. (TJSC - Agravo Regimental em AI n. 2009.008291-3, de Capital, Rel. Des. Substituto CARLOS ALBERTO CIVINSKI, j. 10/7/2009). (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2013.020949-5, de Ibirama, rel. Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli, j. 16-5-2013).

AGRAVO INTERNO - INCONFORMISMO DIRIGIDO EM FACE DE DECISÃO MONOCRÁTICA QUE RECEBE AGRAVO DE INSTRUMENTO E APRECIA PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL - INADMISSIBILIDADE MANIFESTA - ART. 527, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC - ART. 195, § 1º, DO RITJSC - RECURSO NÃO CONHECIDO.

“A decisão do relator que nega o efeito suspensivo não comporta reexame, seja por intermédio de agravo interno, seja por intermédio de agravo regimental” (AgAI n. 2006.006359-8/0001, rel. Des. Victor Ferreira, j. 22.6.06). (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2009.075155-1, da Capital - Continente, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 25-3-2010)

No mesmo sentido é a posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DO RELATOR QUE CONVERTE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO.- Não é mais possível, na inteligência do parágrafo único do Art.527 do CPC, a interposição de agravo interno contra a decisão do relator que retém agravo de instrumento, ou que empresta-lhe efeito suspensivo.- Para verificar, casuisticamente, a existência de perigo de lesão grave e de difícil reparação - visando destrancar agravo retido - é necessário examinar fatos, o que é inviável em re-

curso especial (Súmula 7).(REsp 896766/MS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2008, DJe 13/05/2008)

Destarte, o texto do art. 527, parágrafo único, do CPC é claro no sentido de que “*a decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do ‘caput’ deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar*”, afastando, assim, a possibilidade da interposição de qualquer recurso contra a decisão que analisa pedido de antecipação de tutela formulado em sede de agravo de instrumento.

No caso, porquanto a decisão impugnada não provém de feito de competência originária do Tribunal de Justiça, não tem cabimento o agravo regimental previsto no art. 195 do Regimento Interno desta Corte. E, mesmo que assim não fosse, o recurso de igual modo não teria cabida, nos termos do § 1º do citado dispositivo legal, que assim preceitua:

Art. 195 Da decisão do Presidente do Tribunal, Vice-Presidentes, Corregedor-Geral da Justiça, Presidentes de Grupos de Câmaras, Presidentes de Câmaras ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º Não será admitido agravo da decisão que negar efeito suspensivo a agravo de instrumento ou que indeferir a antecipação da tutela recursal (CPC, art. 527, III).

[...] (grifou-se)

Por derradeiro, mesmo em sede de reconsideração, mantenho a decisão impugnada pelos seus próprios fundamentos.

Pelo exposto, pronuncio-me pelo não conhecimento do recurso.

É como voto.

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

Apelação Cível n. 2010.020677-5, de Concórdia

Relator: Des. Júlio César M. Ferreira de Melo

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS AJUIZADA PELO SEGURADO E SEUS PAIS. SEGURO DE VIAGEM INTERNACIONAL. NEGATIVA DE COBERTURA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 2º, 17 E 3º, § 2º, DO CDC. CONTRATO DE ADESÃO. UNILATERALIDADE DOS SERVIÇOS, DA CONFECÇÃO E DA RELAÇÃO CONTRATUAL. MITIGAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO DOS CONSUMIDORES. RELAÇÃO ENTRE CONSUMIDOR E FORNECEDOR COM BASE NO ART. 48 DA ADCT, BEM COMO DO ART. 5º, XXXII, E ART. 170, V, DA CF. CONSUMIDOR. ELEMENTO MAIS FRACO NA RELAÇÃO DE CONSUMO. VULNERABILIDADE PREVISTA NO ART. 4º, INCISO I, DO CDC. PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DA EFETIVA CIÊNCIA DA CLÁUSULA LIMITATIVA DA COBERTURA SECURITÁRIA. ART. 46 DO CDC. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO. DIREITO BÁSICO À INFORMAÇÃO ADEQUADA SOBRE OS SERVIÇOS. ART. 6º, III, DO CDC. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA. ART. 4º, IV, DO CDC. VULNERABILIDADE INFORMACIONAL. CRIAÇÃO DE FALSAS EXPECTATIVAS AOS SEGURADOS. LEGÍTIMA CONFIANÇA E BOA-FÉ DO CONSUMIDOR EM RECEBER A COBERTURA SECURITÁRIA. CABE À SEGURADORA GUARDAR NA CONCLUSÃO E EXECUÇÃO DO CONTRATO A MAIS ESTRITA BOA-FÉ JUNTAMENTE COM OS SEUS DEVERES ANEXOS OU LATERAIS DE CONDUTA, TAIS COMO: CUIDADO, RESPEITO, LEALDADE, PROIBIDADE, INFORMAÇÃO, TRANSPARÊNCIA, HONESTIDADE E RAZOABILIDADE. ART. 765 DO CC. RELAÇÃO CONTRATUAL QUE DEVERÁ OBEDECER OS DITAMES DO ART. 757 DO CC E 51, IV, § 1º, III, DO CDC. OBRIGAÇÃO DO SEGURADOR EM GARANTIR O INTERESSE LEGÍTIMO

DO SEGURADO. NULIDADE DAS OBRIGAÇÕES CONSIDERADAS INÍQUAS, ABUSIVAS, QUE COLOQUEM O CONSUMIDOR EM DESVANTAGEM EXAGERADA. DANOS MATERIAIS E VALORES DEVIDOS. TABELA QUE APRESENTA OS GASTOS DECORRIDOS DIRETAMENTE DA OMISSÃO DA RÉ EM ARCAR COM AS OBRIGAÇÕES CONTIDAS NO SEGURO. RESSARCIMENTO INTEGRAL E APTO A RETORNAR OS AUTORES AO *STATUS QUO ANTE*. DANOS MORAIS AO SEGURADO. CONDUTA ABUSIVA. NÃO SE TRATA DE MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. SEGURADO EM SITUAÇÃO CRÍTICA AO TER SOFRIDO EDEMA CEREBRAL, TER CORRIDO RISCO DE MORTE, ESTAR LONGE DE SEUS FAMILIARES EM UM PAÍS ESTRANHO, NÃO TENDO A QUEM RECORRER. DANOS MORAIS AOS PAIS DO SEGURADO. VÍNCULO FAMILIAR DEMONSTRADO. FIXAÇÃO DO *QUANTUM DEBEATUR*. SITUAÇÃO SOCIOECONÔMICA DAS PARTES, GRAU DE CULPA E PROPORCIONALIDADE ENTRE O ATO ILÍCITO E OS DANOS SOFRIDOS. INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE A FIXAÇÃO E JUROS DESDE O ATO DANOSO. SÚMULA 54 DO STJ. DENÚNCIAÇÕES À LIDE. PACTUAÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO SEM A CIÊNCIA DA EXCLUDENTE DA COBERTURA SECURITÁRIA. RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA PERANTE O SEGURADO E SEUS FAMILIARES. IMPROCEDÊNCIA DAS DENÚNCIAÇÕES. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA QUE EXTINGUIU A DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. INCIDENTE PROCESSUAL EM QUE HÁ DUAS DEMANDAS A SER JULGADA POR SENTENÇA UNA. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Os Requerentes (Segurado e seus pais) são consumidores conforme os arts. 2º e 17 do CDC; e a Requerida (Seguradora) e os Denunciados (Prestadora de Serviços e Agência de Viagens) são fornecedoras ao se enquadrarem no art. 3º, § 2º, do CDC.

II - VULNERABILIDADE E IGUALDADE MATERIAL. A proteção do consumidor foi albergada pela Constituição Federal, determinando-se-lhe a proteção pelo Estado sendo utilizado como princípio da ordem econômica, porquanto no livre mercado há de se reconhecer o elemento mais fraco na relação de consumo, qual seja, o consumidor, que deverá ser protegido pela Código de Defesa do Consumidor, ao registrar a sua vulnerabilidade no inciso I do art. 4º.

Esse reconhecimento é necessário em decorrência do princípio da igualdade material, pois cabe ao legislador e também ao Magistrado equilibrar as relações de consumo.

III - INEXISTÊNCIA DA EFETIVA CIÊNCIA DA CLÁUSULA LIMITATIVA DA COBERTURA SECURITÁRIA. Ao desconhecer a exclusão de cobertura securitária da qual não fez parte nas negociações que deram ensejo à realização do contrato, não lhe poderá ser impingido a exclusão da indenização, conforme o art. 46 do CDC, que decorre do princípio da transparência insculpido no art. 4º, IV, do mesmo diploma.

IV - INFORMAÇÃO. O consumidor muitas vezes cede a pressões do mercado, sendo induzido a consumir, mesmo sem se dar conta de estar realizando uma contratação desprovida de informações suficientes quanto aos riscos nela envolvidos (REsp n. 1.344.967/SP, do rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 26-8-14).

O desconhecimento das informações geram falsas expectativas e levam os consumidores a realizar contratos elaborados unilateralmente pela Seguradora, nos quais se afasta todas as garantias e direitos contratuais que o consumidor legitimante deposita sua confiança imaginando que o serviço irá servir aos seus propósitos.

Tal atitude efetuada pela Seguradora não poderá prevalecer às expectativas do Consumidor em virtude da legítima confiança e boa-fé deste, sendo está consubstanciada nos deveres anexos ou laterais de conduta, tais como os deveres de cuidado, respeito, lealdade, probidade, informação, transparência, honestidade e razoabilidade.

Outrossim, o art. 757 do CC e 51, IV, § 1º, III, do CDC, obriga à Seguradora a garantir interesse legítimo do Segurado contra riscos predeterminados, sendo nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

V - DANOS MATERIAIS. A tabela apresenta tão somente os gastos decorridos diretamente da omissão da Ré em arcar com as obrigações contidas no seguro, não se podendo furtar de ressarcir os Apelantes de forma integral e apta a retorná-los ao *status quo ante*.

VI - DANOS MORAIS AO SEGURADO. A negativa da Seguradora em prestar a cobertura securitária configura conduta abusiva apta a ensejar danos morais, pois não se trata de mero inadimplemento contratual ao se verificar que o Segurado estava em situação crítica ao ter sofrido edema cerebral, corrido risco de morte, estar longe dos seus familiares e em um país estranho, não tendo a quem recorrer mesmo com a quitação do pagamento do prêmio.

VII - DANOS MORAIS REFLEXOS. Demonstrado o vínculo familiar entre os Apelantes e a vítima, os reflexos advenientes da lesão tem presunção *juris tantum*, não precisando elas provarem a ocorrência de danos morais, pois é cediço que, no âmbito familiar, há relação de afeto, sendo inegável o abalo moral sofrido pelos pais ao ter o seu filho corrido risco de morte em país longínquo.

VIII – FIXAÇÃO DOS DANOS MORAIS. Para mensurar o *quantum debeat* observar-se-á a situação socioeconômica das partes, o grau de culpa e a proporcionalidade entre o ato ilícito e os danos sofridos.

Além disso, necessário considerar que a importância fixada em valor irrisório possa não surtir o efeito desejado de evitar a prática de novos atos lesivos da mesma espécie pelo causador do dano, assim como não pode ser fixada em tão elevada a ponto de proporcionar o enriquecimento ilícito da vítima.

IX - DENUNCIACÕES À LIDE. A responsabilidade da Ré se efetivou em virtude da pactuação do contrato de seguro sem que o Segurado e o seu pai tivessem a ciência da excludente de cobertura securitária e não da realização da entrega posterior à avença da apólice ou da prestação de serviços, o que impõe a improcedência das denúncias à lide.

X – INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA DENUNCIACÃO DA LIDE. Tendo a demanda principal sido julgada improcedente, a demanda incidental e eventual foi extinta (litisdenúnciação), *i.e.*, só será analisada e julgada caso a demanda principal seja julgada procedente, o que, no Juízo *a quo* não aconteceu. Todavia, mesmo sido extinta a demanda incidental, fica em estado latente enquanto será novamente analisada no Juízo *ad quem* caso seja julgada procedente a ação principal, pois se trata de sentença formalmente una.

XI - INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. Vencida a Ré, deverá arcar com as custas processuais referentes à demanda principal e os honorá-

rios de sucumbência. Julgada improcedente a denúnciação à lide, condena-se a Litisdenunciante ao pagamento das custas processuais atinentes à demanda regressiva e os honorários de sucumbência dos Litisdenunciados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.020677-5, da comarca de Concórdia (2ª Vara Cível), em que são apelantes Felipe Viana Dezordi e outros, e apelados CI Central de Intercâmbio Viagens Ltda e outros:

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria de votos, dar-lhe provimento para julgar procedente a Ação de Indenização por Danos Morais c/c Ressarcimento de Danos contra Intercare – Assistência Internacional e Seguro de Viagem, com fulcro no art. 269, I, do CPC, para condenar a Ré: a) ao pagamento dos valores contidos à fl. 18, devendo ser convertidos em reais e aplicada a correção monetária a partir do desembolso com incidência de juros de mora após a citação válida; b) a compensação pelos danos morais sofridos pelos Requerentes, cada um deles em R\$ 30.000,00, valor este que deverá ser acrescido de correção monetária desde a sua fixação e juros desde o ato danoso, de acordo com a súmula 54 do STJ. Condeno a Requerida ao pagamento das custas processuais relativas à demanda principal e honorários advocatícios, estes fixados em 20% do valor da condenação, a ser corrigido monetariamente pelo INPC a partir da sua fixação e juros de mora de 1% após o trânsito em julgado. Por fim, julgam-se improcedentes as denúncias à lide, com base no art. 269, I, do CPC e condena-se a Denunciante ao pagamento das custas processuais atinentes à demanda regressiva e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 20.000,00 para o Advogado da Litisdenunciada Central de Intercâmbio Viagens Ltda. e R\$ 20.000,00 para o Causídico da Litisdenunciada Inter Partner Assistance Prestadora de Serviços e Assistência 24 horas Ltda., a ser corrigido monetariamente pelo INPC a partir da sua fixação e juros de mora de 1% após o trânsito em julgado. Vencido o Desembargador Luiz Cesar Schweitzer que nega provimento ao recurso e declarará voto. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 24 de novembro de 2014, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Sebastião César Evangelista, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Cesar Schweitzer.

Chapecó, 16 de dezembro de 2014.

Júlio César M. Ferreira de Melo
RELATOR

RELATÓRIO

Felipe Viana Dezordi, Paulo Roberto Dezordi e Nelma Viana Dezordi ajuizaram Ação de Indenização por Danos Morais c/c Ressarcimento de Danos contra Intercare – Assistência Internacional e Seguro de Viagem alegando, em síntese, que Paulo Roberto Dezordi, em 24-7-03, contratou com a Requerida seguro internacional para o seu filho Felipe Viana Dezordi, na modalidade Seguro Jovem, que se encontrava em viagem de intercâmbio estudantil na Austrália.

Em 30-9-03, Felipe Viana Dezordi (Segurado), durante um passeio de barco, na Costa de Bali - Indonésia, ao efetuar um mergulho, sofreu um edema cerebral, todavia a Seguradora negou a cobertura e ofereceu os serviços da empresa Inter Partner Assistance, mediante o prévio pagamento de R\$ 150.000,00, o que foi realizado.

Pediram a condenação da Requerida no pagamento de indenização por danos materiais em R\$ 128.537,17 e danos morais a cada um dos Autores (fls. 2-20).

Foi deferida a inversão do ônus da prova (fl. 100).

A Requerida apresentou contestação, oportunidade em que arguiu preliminarmente a ilegitimidade passiva e a denunciação da lide das empresas Inter Partner Assistance Prestadora de Serviços 24 Horas Ltda.

e STB Trip Travel Agência de Viagens Ltda. No mérito afirmaram que: a) o Segurado incorreu nas cláusula de exclusão ao direito de assistência emergencial; b) deverá ser decotado da indenização o valor de R\$ 15.942,85; c) que inexistente dano moral a ser reparado (fls. 173-192).

Réplica às fls. 251-262.

Foram acolhidas as denúncias à lide (fl. 262).

A Denunciada Trip & Travel Agência de Viagens Ltda. apresentou agravo de instrumento às fls. 278-287.

A Litisdenunciada Trip & Travel Agência de Viagens Ltda. contestou asseverando em preliminar a impossibilidade de ser denunciada à lide. No mérito expendeu que: a) a negativa da cobertura ocorreu em virtude de o risco estar expressamente excluído do contrato de seguro; b) o valor do contrato se limita a U\$ 30.000,00; c) a quantia pleiteada ultrapassa os valores despendidos; d) inexistente dano moral a ser compensado (fls. 289-305).

Foi concedido o efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento (fls. 287-289).

A Litisdenunciada Inter Partner Assistance Prestadora de Serviços de Assistência 24 Horas Ltda. contestou rogando pela improcedência da denúncia à lide quanto aos pedidos de condenação no pagamento de danos morais e descumprimento da cobertura securitária. No mérito expenderam que: a) a negativa da cobertura ocorreu em virtude de o risco estar expressamente excluído do contrato de seguro; b) não deve ser invertido o ônus da prova ou utilizada a responsabilidade objetiva; c) não há se falar em compensação por danos morais; d) a indenização deve se limitar ao pagamento de R\$ 122.638,88 (fls. 391-420).

Réplica às fls. 676-681; 682-692 e 693-703.

Em decisão (fl. 718) foi saneado o feito ante a perda de objeto do agravo de instrumento.

Alegações finais às fls. 733-758; 781-789; 790-803 e 821-826.

A Litisdenunciada Inter Partner Assistance Prestadora de Serviços de Assistência 24 Horas Ltda. apresentou Agravo de Instrumento contra a decisão que saneou o processo e determinou a intimação das partes para apresentarem alegações finais (fls. 808-816).

Foi negado seguimento ao recurso (fls. 857-858).

Ao sentenciar o feito, o Juiz de primeiro grau julgou na seguinte forma:

Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTES os pedidos formulados pelos autores Felipe Viana Dezordi, Paulo Roberto Dezordi e Nelma Viana Dezordi em face de Intercare – Assistência Internacional e Seguro de Viagem, e, em consequência, EXTINTO o presente feito nos termos do art. 269, I do CPC, com julgamento de mérito.

Julgo EXTINTA a denúncia da lide existente entre a ré Intercare – Assistência Internacional e Seguro de Viagem e as empresas Trip Travel Agência de Viagens Ltda e Inter Partner Assistance Prestadora de Serviços 24 horas Ltda, nos termos do art. 267, VI do CPC.

Custas e honorários advocatícios os quais fixo em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) assim divididos: R\$ 6.000,00 (seis mil reais) para o procurador da ré Central de Intercâmbio Viagens Ltda, R\$ 6.000,00 (seis mil reais) para procurador da Trip Travel agência de Viagens Ltda e R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para o procurador da Inter Partner Assistance Pretadora de Serviços 24 Horas Ltda, nos termos do art. 20, § 4º do CPC, a serem satisfeitos pelos autores.

Os Requerentes interpuseram apelação consignando: a) não terem conhecimento dos termos e condições do contrato; b) que assumido o risco, deverá a seguradora pagar a indenização; c) que os honorários advocatícios devem ser minorados; d) o prequestionamento de vários artigos e leis. Ao final, rogaram pela reforma da sentença para que sejam julgados procedentes os pedidos constantes na petição inicial (fls. 875-902).

As Litisdenunciada Central de Intercâmbio Viagens Ltda., Trip e Travel Agência de Viagens Ltda. e Inter Partner Assistance Prestadora de Serviços e Assistência 24 horas Ltda. apresentaram contrarrazões às fls. 918-929; 932-933 e 935-949, respectivamente.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

Este é o relatório.

VOTO

1 Dos danos materiais

Trata-se de Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais em virtude de negativa de cobertura, o que obrigou os Requerentes a pagarem pelas despesas médicas realizadas pelo segurado, pois este sofreu edema cerebral ao efetuar um mergulho durante um passeio de barco, na Costa de Bali - Indonésia.

Paulo Roberto Dezordi (pai do Segurado - Felipe Viana Dezordi) pactuou com a Requerida (Intercare - Assistência Internacional e Seguro de Viagem) contrato de Seguro Internacional, na modalidade Seguro Jovem, enquanto o seu filho se encontrava em viagem de intercâmbio estudantil na Austrália.

Todavia, em 30-9-03, o Segurado, ao efetuar um mergulho, sofreu edema cerebral e não teve a prestação dos serviços dispostos na cobertura securitária em decorrência de, segundo a Seguradora, a prática de mergulho constar como causa excludente da indenização.

Diante disto, os Requerentes pediram a condenação da Requerida no pagamento de indenização por danos materiais em R\$ 128.537,17 e danos morais a cada um dos Autores.

Ab initio, cumpre esclarecer que a lide deverá ser analisada sob os influxos do Código de Defesa do Consumidor, pois os Requerentes são consumidores conforme os arts. 2º e 17 do CDC; e a Requerida e os Denunciados se enquadram como fornecedores consoante o disposto no art. 3º, § 2º, do CDC.

Art. 2º **Consumidor** é toda **pessoa física** ou jurídica **que adquire** ou utiliza produto ou **serviço como destinatário final**.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, **equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.**

Art. 3º **Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.**

§ 2º **Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza** bancária, financeira, de crédito e **securitária**, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

A criação do microsistema do Código de Defesa do Consumidor se faz necessária ante a chamada produção em série, ou seja, a *standartização* da produção.

Com a homogeneização, a produção e a prestação de serviços passaram a ser planejados e ditados unilateralmente pelo fornecedor, o que determinou, também, a utilização dos contratos de adesão, ou seja, a unilateralidade transcendeu os produtos e serviços para a confecção e relação contratual.

Essas transformações mitigaram sobremaneira o elemento volitivo dos consumidores e infirmaram o aforisma do *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser respeitados).

Para que o direito pudesse abarcar o desenvolvimento da relação entre os fornecedores e consumidores, foi criado o Código de Defesa do Consumidor, segundo os ditames da própria Constituição Federal, conforme se verifica das disposições do art. 48 da ADCT, bem como o art. 5º, XXXII; e art. 170, V, da CF.

Art. 48. **O Congresso Nacional**, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, **elaborará código de defesa do consumidor.**

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabi-

lidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 170. **A ordem econômica**, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, **observados os seguintes princípios:**

V - defesa do consumidor.

A proteção do consumidor foi albergada pela Constituição Federal, determinando-se-lhe a proteção pelo Estado sendo utilizado como princípio da ordem econômica, porquanto no livre mercado há de se reconhecer o elemento mais fraco na relação de consumo, qual seja, o consumidor, que deverá ser protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, ao registrar a sua vulnerabilidade no inciso I do art. 4º, *in verbis*:

A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, **atendidos os seguintes princípios:**

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Esse reconhecimento é necessário em decorrência do princípio da igualdade material, pois cabe ao legislador e também ao Magistrado equilibrar as relações de consumo. O consumidor não participa do serviço e não pode controlar aquilo que adquire, sendo muitas vezes mero espectador da relação ao receber um serviço predefinido.

É o tirocínio de Nelson Nery Júnior:

1:2. **Isonomia real.** Em atenção ao art. 1.º da Res. 39/248, da Assembleia Geral da ONU, de 16.4.1985 (106.ª Reunião Plenária, de 9.4.1985), a norma comentada reconheceu o consumidor como a parte mais fraca na relação de consumo. Assim, para atender ao princípio da isonomia (CF 5.º *caput*),

o CDC criou vários mecanismos para fazer com que se possa alcançar a igualdade real entre fornecedor e consumidor, pois isonomia significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na exata medida de suas desigualdades (Leis Civis Comentadas, 2. ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 264 e 265).

Deste modo, o caso será analisado tendo em vista os ditames do Código de Defesa do Consumidor.

O Requerente Paulo Roberto Dezordi avençou com a Requerida Intercare - Assistência Internacional e Seguro de Viagem o contrato de fl. 28 para garantir a segurança de seu filho Felipe Viana Dezordi (Segurado), segundo se denota da assinatura constante no documento, mas não há qualquer assinatura do Segurado ou de seu pai demonstrando a efetiva ciência da cláusula limitativa da cobertura securitária.

Preleciona o art. 46 do CDC:

Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Ao contratar o seguro, a capacidade volitiva do pai do Segurado foi tolhida em razão da inexistência de prévia ciência das limitações contidas no seguro. Ao desconhecer a exclusão de cobertura securitária da qual não fez parte nas negociações que deram ensejo à realização do contrato, não lhe poderá ser impingido a exclusão da indenização.

Sobre o tema, é o trecho da decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”. [...] E, *in casu*, andou bem a sentença, ao concluir que:

“(...) Além disso, as RR. não demonstram que o A., por ocasião da assina-

tura do contrato, tomou conhecimento da restrição a seu direito contida na Cláusula 5.1.3. “ (fl. 128)

Com efeito, sendo a cláusula restritiva de direito do consumidor, contida em contrato de adesão, deveria ter sido redigida de forma destacada, a fim de se permitir a imediata e fácil compreensão de seu conteúdo.

Além disso, não tendo o consumidor, quando da assinatura do contrato, tomado conhecimento prévio da cláusula restritiva de seu direito, não pode a seguradora se eximir da cobertura securitária.

Nesse sentido, registrem-se os seguintes precedentes desta Corte, afirmativos dessa tese, *verbis*:

“DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE SEGURO. INVALIDEZ PERMANENTE. VALOR DA INDENIZAÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE OS DOCUMENTOS ENTREGUES AO SEGURADO. PREVALÊNCIA DO ENTREGUE QUANDO DA CONTRATAÇÃO. CLÁUSULA LIMITATIVA DA COBERTURA. NAO INCIDÊNCIA. ARTS. 46 E 47 DA LEI N. 8.078/90. DOCTRINA. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO. I - (...) II - Nas relações de consumo, o consumidor só se vincula às disposições contratuais em que, previamente, lhe é dada a oportunidade de prévio conhecimento, nos termos do artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor. [...] (RESP 485760/RJ, Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 01.03.2004 p. 186) [...].

Destaque-se, por oportuno, que o fornecedor, diante do seu dever de informação, deve oferecer ao consumidor oportunidade para que, antes de ser concluída a avença, tome conhecimento de todo o conteúdo do contrato, a fim de se permitir a exata e perfeita compreensão de todas as implicações contratuais. [...] ((REsp 669525/PB, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2005, DJ 20/06/2005, p. 283).

É a ensinança de Nelson Nery Júnior:

2. Conhecimento prévio do conteúdo do contrato. **O consumidor tem direito básico à informação adequada sobre produtos e serviços** (CDC 6.º III). O direito previsto na norma ora comentada é a projeção, na prática, daquele direito básico descrito na parte geral do CDC. **O fornecedor deverá ter a cautela de oferecer oportunidade ao consumidor para que, antes de**

concluir o contrato de consumo, tome conhecimento do conteúdo do contrato, com determinação precisa dos direitos e deveres de ambas as partes contratantes, bem como as sanções previstas para o inadimplemento. Não sendo dada essa oportunidade ao consumidor, as prestações por ele assumidas, sejam de obrigação de dar, de fazer ou não fazer, não o obrigarão, vale dizer, o seu cumprimento não poderá ser exigido em juízo ou fora dele.

3. Ônus da prova. **Ao fornecedor cabe o ônus de provar que deu ao consumidor oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato, bem como das conseqüências advindas de seu inadimplemento. Na dúvida, deve prevalecer o entendimento de que não houve conhecimento prévio.**

4. Efetivo conhecimento. Não basta a mera cognoscibilidade do conteúdo do contrato para que se tenha por cumprida a parte do fornecedor, exigida pela norma ora analisada. É preciso que tenha havido *efetivo* conhecimento pelo consumidor de todos os direitos e deveres que decorrerão do contrato, principalmente sobre as cláusulas restritivas de direitos, que, a propósito, deverão vir em destaque nos formulários de contrato de adesão (CDC 54 § 3.º) (Leis Civis Comentadas, 2º ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 304 e 305).

O art. 46 do CDC decorre do princípio da transparência insculpido no art. 4º, IV, do CDC:

A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como **a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.**

Além disso, há o dever de informar, direito básico do consumidor, ex *vi* do art. 6º, III, do CDC: *São direitos básicos do consumidor: [...] a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.*

Mutatis mutandis, mas salutar para a elucidação da questão, é a decisão do Superior Tribunal de Justiça, segundo o seguinte trecho do REsp n. 1.344.967/SP, do rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 26-8-14:

Em verdade, **o consumidor muitas vezes cede a pressões do mercado, sendo induzido a consumir, mesmo sem se dar conta de estar realizando uma contratação desprovida de informações suficientes quanto aos riscos nela envolvidos.** A ideia de vulnerabilidade está justamente associada à debilidade de um dos agentes da relação de mercado, no caso, o consumidor, cuja dignidade merece ser preservada. É irrefutável que há maior capacidade de persuasão do fornecedor para com o consumidor.

Com efeito, restam identificadas as quatro espécies de **vulnerabilidade** conhecidas pela jurisprudência, [...] em especial, **informacional**, ante o manifesto desequilíbrio entre as partes. Afinal, **o único e verdadeiro detentor da informação**, no caso concreto, **era o fornecedor, havendo, indubitavelmente, um desencontro de forças.**

[...] **os fornecedores, detentores do conhecimento técnico**, os quais **têm melhores condições de compreender a contratação em toda a sua amplitude quanto aos possíveis erros ou falhas, porquanto responsáveis por sua colocação no mercado e dotados de maior capacidade de persuasiva.**

O malferimento aos princípios supramencionados (defesa do consumidor, reconhecimento de sua vulnerabilidade, transparência e informação), todos eles expressos no Código Consumerista e na Constituição Federal, criaram falsas expectativas nos Apelantes, que contrataram o seguro dissociados da realidade.

Essas falsas expectativas levam os consumidores a realizar contratos elaborados unilateralmente pela Seguradora, nos quais se afasta todas as garantias e direitos contratuais que o consumidor legitimante deposita sua confiança imaginando que o serviço irá servir aos seus propósitos.

Tal atitude efetuada pela Seguradora não poderá prevalecer às expectativas do Consumidor, sob pena de ofensa aos princípios mencionados alhures e mormente aos princípios da confiança e da boa-fé que devem reger as relações contratuais.

Não destoa o Superior Tribunal de Justiça:

Direito do consumidor. Contrato de seguro de vida inserido em contrato de plano de saúde. [...] **Princípio da boa-fé objetiva. Quebra de confiança.** [...]

- **Os princípios da boa-fé e da confiança protegem as expectativas do consumidor a respeito do contrato de consumo.**

- A operadora de plano de saúde, não obstante figurar como estipulante no contrato de seguro de vida inserido no contrato de plano de saúde, **responde pelo pagamento da quantia acordada** para a hipótese de falecimento do segurado **se criou, no segurado** e nos beneficiários do seguro, **a legítima expectativa** de ela, operadora, ser responsável por esse pagamento. [...] (REsp 590336/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2004, DJ 21/02/2005, p. 175).

Igualmente:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE SEGURO DE VIDA. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. EMBRIAGUEZ. CLÁUSULA LIMITATIVA DE COBERTURA DA QUAL NÃO FOI DADO O PERFEITO CONHECIMENTO AO SEGURADO. ABUSIVIDADE. [...]

1. **Por se tratar de relação de consumo, a eventual limitação de direito do segurado deve** constar, de forma clara e com destaque, nos moldes do art. 54, § 4º do CODECON e, obviamente, **ser entregue ao consumidor no ato da contratação, não sendo admitida a entrega posterior.**

2. No caso concreto, surge incontroverso que o documento que integra o contrato de seguro de vida não foi apresentado por ocasião da contratação, além do que a cláusula restritiva constou tão somente do “manual do seguro”, enviado após a assinatura da proposta. Portanto, configurada a violação ao artigo 54, § 4º do CDC.

3. Nos termos do artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor: **“Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo,** ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”. [...] (REsp

1219406/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 18/02/2011)

Na mesma toada:

DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE SEGURO. [...] II - Nas relações de consumo, o consumidor só se vincula às disposições contratuais em que, previamente, lhe é dada a oportunidade de prévio conhecimento, nos termos do artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor.

III - As informações prestadas ao consumidor devem ser claras e precisas, de modo a possibilitar a liberdade de escolha na contratação de produtos e serviços. Ademais, na linha do art. 54, §4º da Lei n. 8.078/90, devem ser redigidas em destaque as cláusulas que importem em exclusão ou restrição de direitos. (REsp 485760/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17/06/2003, DJ 01/03/2004, p. 186)

Aliás, o art. 765 preleciona: *O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.*

A boa-fé objetiva exige um comportamento de lealdade entre os participantes do negócio e tem relação direta com os deveres anexos ou laterais de conduta que não necessitam de qualquer previsão no instrumento, merecendo destaque os deveres de cuidado, respeito, lealdade, probidade, informação, transparência, honestidade e razoabilidade.

Além disso, registra o art. 757 do CC e art. 51, IV e § 1º, III, do CDC:

Art. 757 do CC: **Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga**, mediante o pagamento do prêmio, **a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa** ou a coisa, **contra riscos predeterminados.**

Art. 51. **São nulas de pleno direito**, entre outras, **as cláusulas contratuais relativas** ao fornecimento de produtos e **serviços que:**

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

§ 1º **Presume-se exagerada**, entre outros casos, **a vantagem que:**

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

O pai do Segurado contratou o Seguro Internacional, na modalidade Seguro Jovem, enquanto o seu filho se encontrava em viagem de intercâmbio estudantil na Austrália, ou seja, queria salvaguardar seu filho de qualquer risco em sua estadia no exterior e, para tal intento, ao contratar um seguro nominado “Jovem”, tinha a legítima expectativa de que qualquer atividade realizada normalmente por um “Jovem” em um país denominado continente-ilha, por certo estaria acobertada pelo seguro, inclusive a prática de mergulho, sendo este um dos locais mais propícios para esta atividade.

Destarte, tendo havido a ofensa aos princípios da defesa do consumidor, reconhecimento de sua vulnerabilidade, igualdade nas contratações, transparência e informação, art. 4º, I e IV; art. 6º, III; e art. 46 do CDC, criados sob a influência do art. 48 da ADCT, art. 5º, XXXII; e art. 170, V; bem como da boa-fé objetiva consubstanciada nos deveres anexos ou laterais de conduta (cuidado, respeito, lealdade, probidade, informação, transparência, honestidade e razoabilidade), não poderá ser imposta ao Segurado a cláusula excludente de cobertura securitária.

Portanto, condena-se a Ré ao pagamento dos valores contidos à fl. 18, devendo ser convertidos em reais e aplicada a correção monetária a partir do desembolso com incidência de juros de mora após a citação válida.

Registra-se que as impugnações referentes ao valor devido não merecem prosperar, pois a tabela apresenta tão somente os gastos decorridos diretamente da omissão da Ré em arcar com as obrigações contidas no seguro, não se podendo furtar de ressarcir os Apelantes de forma integral e apta a retorná-los ao *status quo ante*.

2. Dos danos morais

Devidamente comprovada a ocorrência de negativa da cobertura, há de se verificar a existência ou não dos danos morais ao Segurado (Felipe Viana Dezordi) e aos seus pais (Paulo Roberto Dezordi e Nelma Viana Dezordi) (fl. 26).

A negativa da Seguradora em prestar a cobertura securitária configura conduta abusiva apta a ensejar danos morais, pois não se trata de mero inadimplemento contratual ao se verificar que o Segurado estava em situação crítica ao ter sofrido edema cerebral, corrido risco de vida, estar longe dos seus familiares e em um país estranho, não tendo a quem recorrer mesmo com a quitação do pagamento do prêmio.

Mutatis mutandis, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E **COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS**. PLANO DE SAÚDE. **EXCLUSÃO DE COBERTURA RELATIVA À PRÓTESE. ABUSIVIDADE. DANO MORAL**. [...] 3. Embora o mero inadimplemento contratual não seja causa para ocorrência de danos morais, **é reconhecido o direito à compensação dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.** (STJ. Recurso Especial nº 1.421.512/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi. Data Julgamento: 11/02/2014).

Quanto aos pais do Segurado, demonstrado o vínculo familiar, os reflexos advenientes do sofrimento do seu filho tem presunção *juris tantum*, não precisando elas provarem a ocorrência de danos morais, pois é cediço que, no âmbito familiar, há relação de afeto, sendo inegável o abalo moral sofrido pelos seus pais diante da ausência de cobertura securitária.

É a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em caso análogo:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MORTE DE IRMÃO.[...] DANO MORAL. PROVA. DESNECESSIDADE. PRESUNÇÃO NO CASO DE MORTE DE ENTE [...] 3. “Em prol dos parentes compreendidos dentro do estrito círculo de relações da família, vale dizer, dos filhos vis-a-vis dos pais e vice-versa, dos irmãos com relação aos irmãos, uma presunção se estabeleceria, sempre, *juris tantum*, de dano moral”. (Reparação do dano moral, RT 631/29) (TJSC, Apelação Cível n. 2002.021944-0, de Videira, rel. Des. Denise Volpato, j. 09-11-2009).

Logo, existente a ofensa à moral dos Requerentes, deverá ser fixado o *quantum debeatur*. Para mensurá-lo o Magistrado observará a situação socioeconômica das partes, o grau de culpa e a proporcionalidade entre o ato ilícito e os danos sofridos.

Além disso, necessário considerar que a importância fixada em valor irrisório possa não surtir o efeito desejado de evitar a prática de novos atos lesivos da mesma espécie pelo causador do dano, assim como não pode ser fixada em tão elevada a ponto de proporcionar o enriquecimento ilícito da vítima.

Nesta toada é a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves:

Pode-se afirmar que os principais fatores a serem considerados são: a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; e f) as peculiaridades e circunstâncias que envolveram o caso, atentando-se para o caráter antissocial da conduta lesiva (Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. V. 4. 7ª ed. Saraiva: São Paulo. 2012. p. 349).

Assim, ao se observar os critérios para a fixação do dano moral e as particularidades do caso, tenho que o valor de R\$ 30.000,00 respeita os requisitos (situação socioeconômica das partes, o grau de culpa e a proporcionalidade entre o ato ilícito e os danos sofridos), valor este que deverá ser acrescido de correção monetária desde a sua fixação e juros desde o ato danoso, de acordo com a súmula 54 do STJ.

3. Das denúncias à lide

As denúncias à lide ocorreram em virtude de a Ré ter afirmado que (fl. 918): *devidamente citada, a ora Apelada CI requereu a lide das empresas Trip Travel e Inter Partner, tendo em vista que estas eram as responsáveis pelo envio da apólice e pela prestação de serviços, respectivamente, o que foi deferido pelo D. Juízo a quo.*

Todavia, a responsabilidade da Ré se efetivou em virtude da pactuação do contrato de seguro sem que o Segurado e o seu pai tivessem a ciência da excludente de cobertura securitária no momento da contratação, e não dá realização da entrega posterior à avença da apólice ou da prestação de serviços.

Deveria a Litisdenunciante (Ré), independentemente de intermediários, cientificar efetivamente o Segurado ou seu pai das condições do seguro e não incumbir terceiros estranhos a relação contratual pactuada entre o Consumidor e o Fornecedor (fl. 28).

Destarte, são improcedentes as denúncias da lide realizadas pela Ré.

4. Do trânsito em julgado da sentença que extinguiu a denúncia da lide

Explicita a Litisdenunciada Trip e Travel Agência de Viagens Ltda. que na sentença foi decidido separadamente cada um dos processos com o desacolhimento do principal e a extinção da denúncia à lide, todavia apenas os Requerentes da demanda principal interpuseram apelação, o que evidencia o trânsito em julgado da denúncia.

Não procede o pedido, porquanto, ao revés do que apresenta a Litisdenunciada, não se trata de dois processos, mas apenas um incidente do processo em que há duas demandas (principal e incidental), não podendo se falar em trânsito em julgado de parte do processo.

Sobre a denúncia da lide, Fredie Didier Jr. preleciona:

A denunciação da lide é uma intervenção de terceiro provocada: o terceiro é chamado a integrar o processo, porque uma demanda lhe é dirigida.

De fato, a denunciação da lide é uma demanda, exercício do direito de ação. Desta forma, **ao promover a denunciação da lide, o denunciante agrega ao processo pedido novo, ampliando o seu objeto litigioso. O processo terá duas demandas: a principal e a incidental.**

Trata-se de demanda incidente, regressiva, **eventual** e antecipada.

A denunciação é demanda nova em processo já existente; pela denunciação, não se forma novo processo. É, pois, um incidente do processo. Trata-se de hipótese de ampliação objetiva ulterior do processo. A sentença disporá sobre a relação jurídica entre a parte e o denunciante, e entre este e o denunciado (**sentença formalmente una e objetivamente complexa**), sob pena de ser considerada ‘*citra petita*’. [...]

É, ainda, **demanda eventual**. Eventual **porque feita sob condição: a demanda regressiva somente será examinada se o denunciante, afinal, for derrotado na demanda principal. A primeira demanda é preliminar em relação à denunciação, pois se o denunciante sucumbir, a ação de denunciação tanto poderá ser procedente como improcedente.** “é como se o denunciante formulasse este pedido: ‘Se eu, afinal, acabar vencido, peço desde já que o denunciado seja condenado a pagar-me a indenização a que eu porventura tenha direito.’” [...]

Sintetiza Barbosa Moreira: **a denunciação da lide consiste ‘em verdadeira propositura de uma ação de regresso antecipada, para a eventualidade da sucumbência do denunciante’**” (*In*: Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Volume 1. 14ª edição. Editora Jus PODIVM, Salvador: 2012. Pág. 380/381)

Tendo a demanda principal sido julgada improcedente, a demanda incidental e eventual foi extinta (litisdenunciação), *i.e.*, só será analisada e julgada caso a demanda principal seja procedente, o que, no Juízo *a quo* não aconteceu. Todavia, mesmo sido extinta a demanda incidental, fica em estado latente enquanto será novamente analisada no Juízo *ad quem* caso seja julgada procedente a ação principal, pois se trata de sentença formalmente una.

Logo, não se verifica o trânsito em julgado da litisdenúnciação por se tratar de demanda incidental e eventual a ser julgada em decisão formalmente una caso seja procedente a demanda principal.

5. Da inversão dos ônus sucumbenciais

Vencida a Requerida em decisão com carga condenatória, deverá ser fixados os honorários de sucumbência obedecendo-se os preceitos insculpidos nas alíneas “a”, “b” e “c” do § 3º do art. 20 do CPC.

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.

Registrou o Superior Tribunal de Justiça: *Nas sentenças condenatórias os honorários advocatícios devem ser fixados com base no art. 20, § 3º, do CPC. (REsp 1238424/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 26/03/2014)*

A demanda não é repetitiva e trata de assunto complexo, até mesmo pelo fato de o processo ter 5 volumes, tramita a mais de 10 anos e envolve elevada quantia e importância.

Além disso, deverá o Magistrado mensurar o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, e o trabalho realizado pelo advogado, critérios esses de grande valia e importância para a mensuração dos honorários.

Diante disto, ante a Requerida ter sucumbido, condeno-a ao pagamento das custas processuais relativas à demanda principal e honorá-

rios advocatícios, que fixo em 20% sobre o valor da causa, a ser corrigido monetariamente pelo INPC a partir da sua fixação e juros de mora de 1% após o trânsito em julgado.

No que tange à litisdenúnciação, deverá ser fixada os honorários advocatícios nos moldes do do art. 20, § 4º, do CPC:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 3º **Os honorários serão fixados** entre o mínimo de dez por cento (10%) e o **máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação**, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º **Nas causas** de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas **em que não houver condenação** ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, **os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.**

Sobre a tema, disserta:

O art. 20, § 3º, CPC, só fala em condenação. Sendo o caso de sentença declaratória, constitutiva, mandamental ou executiva, não incide o art. 20, § 3º, CPC. Incide aí o art. 20, § 4º, CPC, que reclama a análise do grau de zelo do advogado, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o tempo exigido para o seu serviço. O § 4º do art. 20 é exceção ao § 3º, uma vez que livra as hipóteses nele contidas dos limites quantitativos previstos nesse. São casos em que não se atendem aos lindes quantitativos do § 3º, CPC: a) os feitos de pequeno valor; b) os de valor inestimável; c) aqueles em que não há condenação; d) aqueles em que vencida a Fazenda Pública e e) nos feitos executivos, embargados ou não (ainda que vencida a Fazenda Pública, STJ, Corte Especial, EREsp 451.087/RS, rei. Min. José Delgado, j. Em 23.10.2003, DJ 15.03.2004, p.144). (Código de Processo Civil comentado artigo por artigo, 5ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p 119-120).

Portanto, tendo sido invertido os ônus sucumbenciais, condeno a Litisdenunciada ao pagamento das custas processuais atinentes à demanda regressiva e honorários advocatícios, que fixo, consoante apreciação equitativa, no valor de R\$ 20.000,00 para o Advogado da Litisdenunciada Central de Intercâmbio Viagens Ltda. e R\$ 20.000,00 para o Causídico da Litisdenunciada Inter Partner Assistance Prestadora de Serviços e Assistência 24 horas Ltda., *ex vi* do art. 20, § 4º, do CPC, a ser corrigido monetariamente pelo INPC a partir da sua fixação e juros de mora de 1% após o trânsito em julgado.

Ante o exposto, conheço do recurso e voto no sentido de julgar procedente a Ação de Indenização por Danos Morais c/c Ressarcimento de Danos contra Intercare – Assistência Internacional e Seguro de Viagem, com fulcro no art. 269, I, do CPC, para condenar a Ré: a) ao pagamento dos valores contidos à fl. 18, devendo ser convertidos em reais e aplicada a correção monetária a partir do desembolso com a incidência de juros de mora após a citação válida; b) a compensação pelos danos morais sofridos pelos Requerentes, cada um deles em R\$ 30.000,00, valor este que deverá ser acrescido de correção monetária desde a sua fixação e juros desde o ato danoso, de acordo com a súmula 54 do STJ. Condeno a Requerida ao pagamento das custas processuais relativas à demanda principal e honorários advocatícios, estes fixados em 20% do valor da condenação, a ser corrigido monetariamente pelo INPC a partir da sua fixação e juros de mora de 1% após o trânsito em julgado.

Por fim, julgam-se improcedentes as denúncias à lide, com base no art. 269, I, do CPC e condena-se a Denunciante ao pagamento das custas processuais atinentes à demanda regressiva e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 20.000,00 para o Advogado da Litisdenunciada Central de Intercâmbio Viagens Ltda. e R\$ 20.000,00 para o Causídico da Litisdenunciada Inter Partner Assistance Prestadora de Serviços e Assistência 24 horas Ltda., a ser corrigido monetariamente pelo INPC a partir da sua fixação e juros de mora de 1% após o trânsito em julgado.

Este é o voto.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Luiz Cesar Schweitzer

Ousei divergir de meus honoráveis pares quanto à existência dos requisitos norteadores da responsabilidade civil da apelada e, por conseguinte, o cabimento da indenização de danos materiais e morais.

É reconhecível a presença de diversas disposições adversas em situações tais, entre as quais o incômodo e infelicidade advindas de um inesperado acontecimento tal como descrito na petição inicial, muito embora as expectativas até o desalento fossem traduzidas em felicidade e alegria plenas, típicas de quem embarca para desfrutar uma viagem de esperada data, a incluir os genitores igualmente demandantes da ação ajuizada em face de quem se esperaria o resguardo de todo e qualquer risco prognosticado, as demandadas.

Nessa senda de interesses e direitos contrapostos de uma relação jurídica, enraizou-se a formação, condução e extinção dos contratos à luz da autonomia da vontade, segundo a qual os contratantes têm a faculdade de escolher quem, quando e como serão pactuadas as regras pertinentes, observados, atualmente, princípios metaindividuais, entre os quais a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e a função social contratuais, repetidamente proclamados após o advento da Lei n. 10.406/2002.

Antonio Junqueira de Azevedo, citado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, leciona que “está havendo uma acomodação das camadas fundamentais do direito contratual – algo semelhante ao ajustamento subterrâneo das placas tectônicas. Estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três princípios que gravitam em torno da autonomia da vontade, somam-se outros três – os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos, mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios. Quais são estes novos princípios? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato

e a função social do contrato (*Curso de direito civil: direito dos contratos*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 4, p. 150).

Dessarte, tanto contratante quanto contratado podem optar pela livre estipulação das cláusulas contratuais, não obstante o atual caráter adesivo do instrumento em tela, cuja confecção unilateral das normas afasta a natureza negociável, devendo, tal qual os outros negócios jurídicos, respeitar os princípios alhures e as normas jurídicas correlatas, em especial as consumeristas (artigos 2º, *caput* e 3º, *caput*), sob pena da eventual ameaça ou lesão ser censurada a pedido da parte ofendida, como lhe assegura o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Isso posto verifica-se que o apelante Paulo Roberto Dezordi celebrou a avença de fls. 28 em favor do também apelante e filho Felipe Viana Dezordi, especificadas as coberturas de assistência e seguro a fls. 194-198, a saber serviços de assistência médica (cláusula 5.a), restituição de farmácia (cláusula 5.b), assistência odontológica (cláusula 5.c), serviço de traslado médico (cláusula 5.d), serviço de retorno médico domiciliar (cláusula 5.e), garantia de viagem de regresso (cláusula 5.f), serviço de prolongamento de estada (cláusula 5.g), serviço de visita ao titular (cláusula 5.h), serviço de acompanhante para menores (cláusula 5.i), serviço de repatriamento de corpo (cláusula 5.j), serviços de localização e encaminhamento de bagagem (5.l), serviço de assistência jurídica (cláusula 5.m), serviço de adiantamento de fiança penal (cláusula 5.n), serviço de transmissão de mensagens (cláusula 5.o) e serviço de alocação de socorro (cláusula 5.p).

Também assim, persiste o indigitado documento dispendo acerca do seguro de acidentes pessoais e de bagagem, aquele ensejador da controvérsia deduzida nos autos. Nesse diapasão, o objeto resguardado é o segurado, para o qual a seguradora anuncia “garantir o pagamento de uma indenização, caso ocorra acidente pessoal com o SEGURADO em período de sua viagem, observado o período contratado na apólice” (*sic*), conforme a redação expressa da cláusula primeira, letra “d”, a fls. 195.

Da mesma maneira, afere-se logo abaixo a exclusão identicamente expressa dos serviços de assistência, desde doenças pré-diagnosticadas até infortúnios ocorridos durante a prática de esportes. Para tanto, confira-se a redação da letra “k” da cláusula n. 5, item “II – Exclusões, Limitações e Acumulações dos Serviços de Assistência”:

5) Estão excluídos dos Serviços de Assistência os seguintes casos:

d) eventuais acidentes em decorrência da prática de esportes perigosos ou de competição, incluindo (mas não se limitando a estes): motociclismo, boxe, asa delta, mergulho, esportes inverniais fora das pistas regularmente autorizadas.

Ora, a exegese extraída do dispositivo contratual não é outra senão a irresponsabilidade taxativa da seguradora para a hipótese de ocorrência de evento danoso nos contextos por ela elididos, incluindo o mergulho de forma incisiva.

É consabido acerca das diversas atrações oferecidas pelos países situados no Pacífico, a incluir a formosura de ilhas expostas aos turistas pela Indonésia e demais Estados limítrofes. Todavia, as idas e vindas àqueles países não implicam, de modo necessário, a prática de desporto e quicá mergulho, porquanto realizável quando e onde aprover, notadamente se o ofendido não mantinha intimidade ou subsidiava-se dia a dia com tal atividade ou ainda se para tanto direcionava-se a viagem – demonstrando a ausência de reciprocidade entre a inclusão e a exclusão.

Nesse sentido, prevê o artigo 757 do Código Civil, segundo o qual o segurador está obrigado a garantir somente interesse legítimo do segurado em face de riscos previamente definidos: “Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”. Sobre a matéria, decidiu esta Corte de Justiça, mudando o que deve ser mudado:

ACÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INVALIDEZ PERMANENTE PRO-

VOCADA POR DOENÇA. APÓLICE QUE PREVÊ COBERTURA APENAS PARA MORTE E INVALIDEZ POR ACIDENTE. EXCLUSÃO EXPRESSA DE COBERTURA PARA INVALIDEZ DECORRENTE DE DOENÇAS NAS CONDIÇÕES GERAIS DO CONTRATO. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA INDEVIDA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O seguro, nos termos do art. 757 do Código Civil, alcança apenas os riscos particularizados na apólice, vedado, nesse âmbito, interpretações extensivas e analógicas.

Derivando de doença o mal que acomete o segurado, e prevendo o contrato cobertura apenas para morte e acidentes pessoais, não se enquadrando a gênese da patologia noticiada dentre aquelas associadas ao labor profissional, inviável se mostra condenar o segurador ao pagamento de evento não predeterminado (Apelação Cível n. 2013.024282-8, de Balneário Piçarras, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 17-7-2014).

Outrossim, complementa o artigo 779 do referido diploma legal: “O risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou consequentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa”. Isto é, se ocorrido o dano sequencial ao risco originariamente assumido, deve o ressarcimento observar tão somente a valoração acordada, sob pena de enriquecer de modo indevido o segurado, que, deveras, estará autorizado ao recebimento de indenização infinita, observada a extensão do dano (Código Civil, artigo 389).

Por derradeiro, em que pese a imposição prévia de informações ao consumidor sobre o produto fornecido ou serviço prestado, conforme os artigos 6º, III, e 46, ambos do Código de Defesa, houve, em verdade, o encaminhamento da apólice, inclusive ao endereço mencionado pelos autores, fato corroborado pelo cotejo conjunto da documentação de fls. 29 (juntada pelos próprios recorrentes) e 324-326.

Portanto, se inexistente contrariedade aos ditames da boa-fé objetiva e função social do contrato, entre outros princípios e normas regulamentadoras do negócio jurídico celebrado entre os litigantes, ausenta-se qualquer ilegalidade a ensejar intervenção judicial.

Dessarte, deveria ser mantido o *decisum* por seus próprios fundamentos.

Essas as razões da dissonância.

Chapecó, 26 de janeiro de 2015.

Luiz Cesar Schweitzer
Juiz de Direito de Segundo Grau

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Embargos Infringentes n. 2014.009354-1, de Xanxerê

Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira

INFÂNCIA E JUVENTUDE. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. CAUSA JULGADA PROCEDENTE. ACÓRDÃO QUE REFORMOU O JULGADO POR DECISÃO NÃO UNÂNIME. EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS PELO MPSC.

ALCOOLISMO. EMBRIAGUEZ REITERADA DOS PAIS. DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. NÃO CUMPRIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 22 DO ECA. DESCASO COM O FILHO QUE, DADA A FRAGILIDADE DIANTE DE INÚMEROS PROBLEMAS DE SAÚDE, NECESSITA DE SUPERVISÃO MÉDICA CONSTANTE. ABANDONO AFETIVO E MATERIAL COMPROVADO NOS AUTOS. SITUAÇÃO DE GRAVE RISCO VERIFICADA. INCIDÊNCIA DO ART. 1.638 DO CÓDIGO CIVIL. PERDA DO PODER FAMILIAR CONFIRMADA. PRESSUPOSTOS DEMONSTRADOS.

Ante à demonstração do descaso e abandono afetivo e material por parte dos genitores em relação aos dois filhos menores, já com reflexos negativos no comportamento e personalidade destes, a destituição do poder familiar é medida que se impõe, a teor do que dispõe o art. 1.638 do Código Civil e art. 24 do ECA.

Ampla prova documental que justifica a postura extrema do Poder Judiciário e demonstra que, a despeito de eventuais esforços dos pais, a postura de negligência e abandono é reiterada por causa do vício.

RECURSO PROVIDO. ACÓRDÃO REFORMADO E SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU MANTIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 2014.009354-1, da comarca de Xanxerê (1ª Vara Cível), em que é embargante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e são embargados S. de M. e R. L. M.:

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por votação unânime, dar provimento aos Embargos Infringentes e, confirmando a sentença de primeiro grau, decretar a perda do poder familiar dos genitores sobre os filhos menores, G. F. de M. (nascido em 23.02.2002) e G. de M. (nascido em 14.03.2005), nos termos do voto do relator. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha, com voto, e dele participaram: o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni; o Exmo. Sr. Des. Marcus Túlio Sartorato; o Exmo. Sr. Des. Henry Petry Junior; o Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko; a Exma. Sra. Des. Denise Volpato; o Exmo. Sr. Des. Jairo Fernandes Gonçalves; o Exmo. Sr. Des. Raulino Jacó Bruning; o Exmo. Sr. Des. Ronci Danielli; o Exmo. Sr. Des. João Batista Góes Ulysséa; o Exmo. Sr. Des. Sebastião César Evangelista; o Exmo. Sr. Des. Domingos Paludo e o Exmo. Sr. Des. Jorge Luis Costa Beber.

Florianópolis, 13 de agosto de 2014.

Gilberto Gomes de Oliveira
RELATOR

RELATÓRIO

Perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Xanxerê, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina propôs ação de destituição de poder familiar contra S. de M. e R. L. M. à alegação que os filhos dos suplicados, F. de M. (nascida em 13.01.2001), G. F. de M. (nascido em 23.02.2002) e G. de M. (nascido em 14.03.2005), não são tratados adequadamente, visto que seus pais ingerem bebidas alcoólicas em demasia e, em razão disso, abandonam o lar de forma constante, agridem física e verbalmente os menores, não prestam os mínimos cuidados de higiene e alimentação, etc.

O poder familiar foi suspenso liminarmente em 17 de outubro de 2011 (fls. 27/29) e, por conseguinte, em 20 de outubro de 2011, os menores foram acolhidos no Abrigo Municipal (fl. 34).

Com a citação (fl. 36), foi apresentada contestação, na qual os pais, embora tenham ratificado a dependência no álcool, afirmaram que a condição de vida inicialmente apontada pelo Ministério Público se alterou.

A guarda dos menores foi confiada à tia materna (fls. 207/208) e, posteriormente, em 09 de julho de 2012, retornou aos pais (fls. 323/324).

Em razão do uso reiterado, pelos pais, de bebida alcóolica, os menores foram novamente acolhidos em 13 de novembro de 2012 (fl. 361).

Houve instrução (fls. 421/430) e, no ato compositivo (fls. 467/479), a Dra. Nádia Inês Schmidt julgou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público para decretar a destituição do poder familiar em relação aos menores G. F. de M. e G. de M. e, em relação à filha já adolescente, F. de M., que optou por ficar com a madrinha, a suspensão do poder familiar.

Insatisfeitos, os pais interpuseram apelação (fls. 487/494).

Embora o Ministério Público tenha defendido, em contrarrazões (fls. 501/509), a manutenção da sentença, a Câmara Especial Regional de Chapecó, em 22 de outubro de 2013, com votos vencedores dos Exmos. Srs. Des. Paulo Ricardo Bruschi (Relator) e José Volpato de Souza (Presidente) (fls. 531/587), deu parcial provimento ao apelo para reformar a sentença no que tange à destituição do poder familiar em relação aos menores G. F. de M. e G. de M. mantendo-se, porém, a suspensão do poder familiar em relação à filha F. de M.

O acórdão foi assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DOS GENITORES.

AUSÊNCIA DE PROVA DO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. MEDIDA EXTREMA NÃO RE-

COMENDADA NO CASO CONCRETO. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO.

MANUTENÇÃO DO *DECISUM* QUANTO À SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR NO QUE TANGE À FILHA DO CASAL. GUARDA DA MENINA MANTIDA COM A MADRINHA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

‘Só é cabível a destituição do pátrio poder quando evidenciado que os pais biológicos não reúnem condições psicológicas nem proporcionam a seus filhos, de tenra idade, o mínimo de condições para um desenvolvimento saudável e com dignidade, deixando de ministrar-lhes assistência material adequada e submetendo-os a maus-tratos, com prejuízos irreversíveis para a sua boa formação’ (AC nº 2003.007128-8, de Xanxerê. Rel. Des. Mazoni Ferreira).

O voto divergente, pelo não provimento do apelo, foi assim confeccionado (fls. 588/604) pelo Exmo. Sr. Des. Luiz Cesar Schweitzer (Revisor):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DOS GENITORES.

ABANDONO FÍSICO E MORAL CARACTERIZADO. CRÔNICA DEDICAÇÃO AO ALCOOLISMO. MALOGRO DE MEDIDAS EXAUSTIVAMENTE ADOTADAS POR INSTITUIÇÕES DESTINADAS À PROTEÇÃO DA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA. SUCESSIVOS ABRIGAMENTOS. REITERAÇÃO DE CONDUTAS ATENTATÓRIAS AO BEM-ESTAR DA PROLE. IMPOSSIBILIDADE DE PRESERVAÇÃO DO VÍNCULO BIOLÓGICO. OBSERVÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DOS VULNERÁVEIS. MANUTENÇÃO DO *DECISUM* QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Desta decisão colegiada, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina opôs embargos infringentes (fls. 606/608) à alegação que a gravidade da situação que envolve a família, em especial a situação de risco vivenciada pelas crianças G. F. de M. e G. de M., é, ao revés do que compreendeu a douta maioria, confirmada por uma série de elementos de provas colhidos no curso do processo, razão pela qual o voto vencido merece prevalecer sobre os demais.

Foram ofertadas contrarrazões (fls. 645/649).

Os embargos infringentes foram admitidos (fl. 650) e a Procuradoria Geral de Justiça (fl. 653) validou as razões do Ministério Público Estadual.

É o relatório.

Decido.

VOTO

I - Inicialmente ratifico que, como o propósito dos embargos infringentes é reverter o resultado de um julgamento não unânime utilizando-se, para tanto, os motivos do voto divergente, a peça recursal em exame deve ser admitida, pois submete-se adequadamente ao regramento do art. 530 do CPC.

Acrescente-se a isto, ademais, que eventual pacificação de algum tema no âmbito do Órgão Julgador não obsta o manejo dos embargos infringentes e que, *in casu*, ao revés do alegado em contrarrazões, não houve tal pacificação neste Plenário - sequer demonstrada pelo interessado, a propósito.

Não há falar, por fim, em não admissão dos embargos infringentes opostos à alegação que o Ministério Público Estadual almeja o mero reexame de provas; primeiro, porque a vedação à alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas em decisões recorridas constitui óbice apenas à interposição de recursos na via especial, segundo, porque, ao passo que a peça encontra-se adequadamente fundamentada, a matéria em lição abarca todos os contornos do litígio, pois a decisão a ser adotada implica ou não na necessidade de destituição do poder familiar dos embargados, o que apenas pode ser aferido, à ótica da divergência instaurada em apelação, na análise minuciosa do acervo probatório.

Estão supridos, por tais razões, os elementos necessários à oposição dos embargos infringentes, corretamente admitidos pelo Relator primário.

Apenas anoto, para prostrar eventuais dúvidas, que a divergência é parcial, visto que ratificada a sentença no que tange à decretação da suspensão do poder familiar dos embargados em relação à filha adolescente, F. de M., cuja guarda foi confiada à madrinha.

II - Em razão da omissão legislativa, firmou-se o entendimento que os embargos infringentes, em relação aos seus efeitos, acompanham o regime dado à apelação e, com isso em mente, sabe-se que o art. 199-B da Lei nº 8.069/90 (ECA) dispõe que “a sentença que destituir ambos ou qualquer dos genitores do poder familiar fica sujeita à apelação, que será recebida apenas no efeito devolutivo”.

Por tal razão, *in casu*, os embargos infringentes têm apenas o efeito devolutivo; não obstante isto, em atendimento ao pleito de suspensão dos efeitos do acórdão formulado pelo Ministério Público Estadual, não há notícia nos autos que os menores tenham retornado ao convívio com os pais (fl. 613).

De qualquer forma, como não houve manifestação do Relator primário acerca da concessão ou não do efeito suspensivo aos presentes embargos infringentes por ocasião de sua admissão, entendo que a questão encontra-se diluída com o presente julgamento, já que tudo será resolvido.

III - Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Ministério Público contra acórdão de relatoria do Des. Paulo Ricardo Bruschi que, acompanhado do Des. José Volpato de Souza (Presidente), deu provimento ao apelo interposto pelos genitores, S. de M. e R. L. M., para julgar improcedente o pedido de destituição do poder familiar em relação aos menores G. F. de M. e G. de M.

A douta maioria compreendeu, pois, que a destituição do poder familiar é medida extrema e que o conjunto probatório - constituído por estudos, relatórios e depoimentos da rede de apoio -, não demonstra, com a liquidez necessária, a negligência (abandono, falta de higiene, desorganização e desestruturação do lar, etc.) de ambos os genitores em relação aos menores.

Na ocasião, o Des. Luiz Cesar Schweitzer divergiu da maioria por entender que a decretação do poder familiar deveria ser mantida. Isto, porque, na sua concepção, “as provas confeccionadas nos autos demonstram com nitidez a lastimável situação a que as crianças foram submetidas, diante da extrema negligência dos genitores em razão do alcoolismo”.

Como é facilmente perceptível, os caminhos adotados pelos nobres juristas são antagônicos entre si, porquanto partem da percepção de cada um deles acerca da realidade probatória existente nos autos, a saber, para a maioria não há prova de negligência, para o voto minoritário há.

Pois bem. Como se sabe, é assegurado às crianças e adolescentes a convivência familiar em ambiente adequado (art. 19 do ECA), sendo amparada a destituição do poder familiar dos pais não responsáveis, ou seja, daqueles que faltam com assistência, criação e educação dos filhos (art. 22 e art. 24 do ECA).

A propósito, o Código Civil estabelece:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Para que se decrete a perda do poder familiar, então, faz-se necessário que o(a) genitor(a) descumpra os preceitos do art. 22 do ECA ou pratique conduta prevista nos incisos do art. 1.638 do CC.

Por oportuno:

A destituição do pátrio poder é justificável quando demonstrado que os pais biológicos não reúnem condições psicológicas suficientes e não proporcionam a seus filhos, de tenra idade, o mínimo de condições para seu desenvolvimento saudável e com dignidade, deixando de ministrá-lhes assistência material adequada e submetendo-os a maus-tratos, com prejuízos irreversíveis para a sua boa formação

(Apelação Cível nº 2000.010453-1, rel. Des. Des. Mazoni Ferreira, julgada em 05.12.2002).

Anote-se, contudo, que a adoção de tal providência constitui medida extrema a exigir do Julgador muita cautela. É que a destituição do poder familiar não se destina a punir o(a) genitor(a), mas, única e exclusivamente, proteger a criança na sua integridade em todo o seu processo de desenvolvimento, seja ele físico ou intelectual.

Sob este prisma, tenho que, *in casu*, o abandono foi configurado, de modo que, tal qual compreendeu o Des. Luiz Cesar Schweitzer, os genitores não têm, de fato, a capacidade para o exercício do poder familiar.

Passo a expor as razões do meu convencimento, as quais passam, necessariamente, pela análise dos acontecimentos espelhados nos diversos Estudos Sociais e Pareceres realizados no caso dos autos, dos quais extrai-se, de modo cronológico e em resumo, que:

* Em 28 de fevereiro de 2006, os três filhos menores dos demandados, com 05, 04 e 01 ano, respectivamente, foram encaminhados para o Abrigo Municipal porque, naquela noite, “a genitora havia bebido uma quantidade excessiva de bebida alcoólica colocando as crianças em situação de risco pessoal” (fl. 09);

* Como os demandados não cumpriam as promessas de não ingerir mais bebida alcóolica e participar de atendimentos psicológicos, foram advertidos (art. 129, inciso VII, do ECA), naquele ano (2006), diversas vezes pelo Conselho Tutelar, pois, em razão do alcoolismo, agrediam fisicamente os menores, eram negligentes (maus-tratos), faziam-se ausentes no ambiente familiar e não aceitavam o tratamento oferecido para o problema do álcool (fl. 10);

* Em 31 de julho de 2007, a genitora foi advertida pelo Conselho Tutelar em razão do uso de substâncias entorpecentes e do uso abusivo, por ela

e pelo seu companheiro, pai das crianças, de bebida alcoólica, razão pela qual o casal foi encaminhado ao Centro de Atenção Psicossocial - CAPS (fl. 10);

* Em 28 de abril de 2008, o Conselho Tutelar foi acionado para atender uma denúncia de abuso sexual contra uma das crianças, o que não foi comprovado (fl. 10);

* Em 07 de dezembro de 2008, o Conselho Tutelar solicitou um relatório dos atendimentos prestados à família pelo Centro de Atenção Psicossocial - CAPS, porém, apesar de cadastrada, a genitora nunca compareceu ao tratamento que lhe foi proposto (fl. 10);

* Em 20 de fevereiro de 2009, o Conselho Tutelar, ao receber uma denúncia anônima e se deslocar até a residência da família, constatou que a genitora estava alcoolizada em casa (muito magra, abatida, pálida e com olheiras profundas), que o genitor estava alcoolizado em um bar próximo e que as crianças estavam brincando em uma quadra de esportes próximo da residência do casal, sozinhas, razão pela qual foram levadas aos cuidados da avó materna até o dia seguinte, ocasião em que os pais foram novamente advertidos acerca da importância de aderir ao tratamento para o alcoolismo proposto - e reiterado - no Centro de Atenção Psicossocial - CAPS (fl. 10);

* Em 04 de março de 2010, o irmão do genitor procurou o Conselho Tutelar porque estava preocupado com a situação pessoal das crianças, visto que no início daquela semana, o genitor tinha bebido exageradamente, ao retornar para casa caiu na rua e, em razão disto, sofreu vários hematomas (fl. 11);

* Consoante o Relatório de fl. 11, o Conselho Tutelar atendeu várias denúncias e ocorrências de tal natureza e, em algumas delas, presenciou que a genitora sofria com violência doméstica (olhos roxos, cortes nas sobrancelhas e pálpebras) (fl. 11);

* Em 19 de abril de 2011, o Conselho Tutelar atendeu o irmão do genitor, que relatou que, na noite anterior, a genitora consumiu grande quantidade de bebida alcoólica e, em razão disso, agrediu verbalmente uma das filhas com palavras desprezíveis (vagabunda, vadia, etc.), situação esta que perdurou das 21:00 até as 03:00 horas da manhã e foi presenciada pelos vizinhos (fl. 11);

* Em 08 de setembro de 2001, uma Professora de um Colégio Público informou o Conselho Tutelar que uma das crianças frequentava a escola com as roupas muito sujas, possuía baixo desempenho escolar e não comparecia no Programa Arco-Íris agendado pela escola (fl. 11);

* Em 30 de setembro de 2011, a Orientadora Educacional de outra escola comunicou o Conselho Tutelar que outra criança estava cada vez mais magra, com palidez e sem apetite, razão pela qual a menor foi encaminhada ao atendimento médico (fl. 12);

* Em 05 de outubro de 2011, foi realizada uma reunião com a Rede de Atendimento à Família, ocasião na qual fizeram presentes representantes do Conselho Tutelar, do Centro de Atenção Psicossocial - CAPS, Orientadores Educacionais, etc., ocasião em que ficou constatado que os demandados nunca aderiram ao tratamento de dependência química, que os cuidados com a higiene e limpeza das crianças eram precários, que os menores passavam por situações vexatórias devido à infestação de piolhos, etc., e que os pais não “demonstravam nenhuma vontade em mudar seu comportamento” (fl. 12);

* Em 11 de outubro de 2011, a Psicóloga do Centro de Referência Especializado de Assistência Social - Creas enviou um ofício ao Ministério Público para esclarecer que, em razão da ausência dos genitores no programa oferecido, realizou visita domiciliar em 29 de setembro de 2011, ocasião em que constatou que “a genitora aparentava ter acordado recentemente, a mesma exalava cheiro de bebida alcoólica, além

das unhas das mãos estarem amareladas e sujas. A moradia aparentava péssima condição de higiene e organização (...), que a rotina da família não possibilita os cuidados necessários aos infantes (...), que a genitora demonstrou em suas falas a **despreocupação com a intervenção do poder público**, pois o caso de sua família não resultou em nenhuma medida mais severa com relação aos problemas apresentados” (fl. 20);

Ainda extrai-se, dos Relatórios amealhados na inicial, cujos dados acima transcritos foram tirados, que todos os Orientadores Educacionais das crianças aquiesciam com o fato que elas se encontravam em situação de alto risco pessoal e social e, por este motivo, necessitavam de soluções com urgência; e, que nenhum familiar materno ou paterno tinha o intuito de cuidar das crianças, até porque sentiam sério temor porque os pais, em especial o genitor, eram violentos e agressivos em razão do uso do álcool.

Em razão de tais tristes fatos, a liminar almejada pelo Ministério Público, para que houvesse a suspensão do poder familiar, foi deferida e, por conseguinte, os menores foram enviados ao Abrigo Municipal.

Na seqüência de acontecimentos, uma das crianças, a que tinha 09 anos de idade e demonstrava o comportamento mais agressivo (não tinha medo de nada e de ninguém, agredia os colegas e alunos mais velhos e sempre utilizava um linguajar muito pejorativo - fls. 22/23), fugiu do Abrigo Municipal (pulou a janela e uma cerca com grades - fls. 38/41).

* Em nova visita e Estudo Social determinados pelo Juízo *a quo*, realizado em 07 de novembro de 2011, constatou-se que “a genitora se mostrava nervosa, agitada, não alcançando diálogo e sugerindo estar sob o efeito de bebida alcoólica” e que “o genitor afirmou desconhecer a razão de acolhimento dos seus filhos”, embora tenha admitido que sua esposa precisa e deve realizar tratamento de saúde”. Na ocasião, o genitor foi inicialmente resistente à possibilidade de realizar tratamento e, num segundo momento, aquiesceu com a possibilidade de realizar tratamento apenas nos dias em que estiver trabalhando naquele município (fl. 60).

Extrai-se de tal Estudo, ainda, que, embora os pais externem o desejo de terem os filhos novamente consigo, não comparecem aos atendimentos que por diversas vezes lhes eram agendados (fl. 62).

* Em 10 de novembro de 2011, os menores fugiram novamente do Abrigo Municipal, idêntica ocasião em que o genitor, por telefone, “ofendeu a equipe de trabalho com xingamentos e palavras grosseiras em tom ameaçador”;

* Em 12 de novembro de 2011, um dos filhos do casal demandado fugiu novamente do Abrigo Municipal (fl. 84) e, após recuperado, agrediu a Monitora com socos nas costas. Foi relatado, ainda, que referido infante é bastante agressivo e não segue as regras da instituição;

* Em 28 de novembro de 2011 foi relatada a ocorrência de uma revolta das crianças abrigadas, dentre as quais estavam dois filhos dos demandados, contra a Monitora daquela instituição, que tinha impedido uma nova fuga. Na ocasião, a filha mais velha (10 anos) dos demandados passou a agredir verbal e fisicamente os funcionários do abrigo (fl. 89).

* Foi constatada nova fuga (fl. 92) e novos episódios de agressões físicas e verbais, além de destruição de objetos e mobília do Abrigo, em 01 de dezembro de 2011 (fls. 92 e 94 e fotografias de fls. 96/104);

* A equipe multidisciplinar sugeriu a condução dos menores para abrigos diferentes em razão do comportamento agressivo (fl. 105);

* Em novo Estudo Social constatou-se que a família materna tem história de alcoolismo - pai e irmãos (fl. 116);

* O Estudo Social de fls. 119/120 demonstra que as visitas dos genitores demandados aos menores em 28 de outubro, 04, 18 e 25 de novembro de 2011 foram frutíferas e demonstraram o anseio daqueles em receberem estes novamente em casa, razão pela qual o Parecer da Assis-

tente Social e da Psicóloga (fl. 123) foram favoráveis ao retorno das crianças à família, o que foi acolhido pelo condutor do processo na instância inferior em audiência ocorrida em 16 de dezembro de 2011 (fls. 125/127);

* A primeira visita realizada pelo Conselho Tutelar após o retorno dos menores ao convívio familiar, em 16 de janeiro de 2012, dá conta que a “genitora estava deitada no sofá, ao ser chamada apresentou dificuldades para ficar de pé, as mãos estavam trêmulas, olhos vermelhos, com dificuldades para se expressar” sugerindo “o uso de bebida alcóolica” (fl. 143). “Quanto às condições de organização e limpeza da casa” ficou constatado “que estava deixando a desejar” (fl. 144).

* Em nova visita, em 03 de janeiro de 2012, ficou constatado que uma das crianças havia quebrado o braço e que os genitores “não reconhecem ter problema com o abuso de álcool”, razão pela qual não frequentam o tratamento oferecido no Centro de Atenção Psicossocial - CAPS. Quanto à higiene e limpeza da casa “foi possível perceber que o ambiente estava sujo e desorganizado com objetos jogados pelo chão, inclusive roupas” (fl. 144);

* Em 11 de janeiro de 2012, o Conselho Tutelar recebeu uma denúncia anônima a qual relatava que a genitora estava na rua em visível estado de embriaguez, razão pela qual, no dia seguinte, por volta das 11:30 horas da manhã, uma nova visita foi realizada, inclusive com a presença de uma Assistente Social, ocasião em que constataram que duas crianças estavam brincando na rua e a genitora e outro menor estavam sentados no sofá assistindo televisão. Porém, quando a genitora percebeu a presença do Conselho Tutelar, “tentou levantar do sofá, mas teve dificuldades para manter-se em pé, estava com os olhos vermelhos, mãos trêmulas, exalando cheiro de bebida alcóolica e com grandes dificuldades para responder os questionamentos.”

Ainda se constatou que o genitor estava novamente ausente e que, dada a proximidade com o horário do almoço, nenhuma refeição era preparada para servir as crianças. Em relação à casa, “o chão estava muito sujo, ambiente desorganizado, louças sujas em cima da pia, alimentos expostos na mesa, roupas jogadas pelo canto da casa, cheiro de urina de cachorro dentro da casa”, assim como cheiro de mofo oriundo do teto (fl. 145).

Em razão das circunstâncias, o Conselho Tutelar e a Assistente Social reiteraram que nenhum dos compromissos assumidos pelos genitores para reaverem a guarda das crianças foram cumpridos, que a genitora não demonstra nenhuma mudança para melhorar a qualidade de vida dela ou dos filhos e, principalmente, que ela não admite ter problemas com o uso do álcool e, por esse motivo, não aceita os tratamentos para dependência química.

* Em continuidade, o Relatório de fls. 150/151, confeccionado pelo Centro de Atenção Psicossocial - CAPS, dá conta que, das poucas participações do casal no tratamento oferecido, as quais foram realizadas “para conseguir os filhos de volta”, conforme por eles próprios afirmado (fl. 150), ambos têm aparência de dependentes químicos e negam o uso do álcool, o genitor já frequentou o CAPS alcoolizado, após reaverem a guarda dos filhos, nunca mais retornaram ao tratamento disponibilizado e que, em 13 de fevereiro de 2012, conforme noticiado pelo Promotor de Justiça da comarca, a genitora foi levada pelo Corpo de Bombeiros para o hospital em visível estado de embriaguez.

* Em 03 de fevereiro de 2012, o Conselho Tutelar recebeu uma denúncia de uma vizinha dando conta que durante a noite os genitores ingeriram bebida alcóolica, ambos estavam alterados e passaram a noite se agredindo verbalmente, que as crianças choravam muito e pediam socorro, razão da suspeita de agressão física aos menores (fl. 168);

* Em 08 de fevereiro de 2012 houve uma reunião entre os profissionais do Acolhimento Institucional Casulo, do CREAS, da Diretora de Programas Sociais e do Conselho Tutelar para avaliar a melhor maneira de conduzir a delicada situação da família;

* Em 13 de fevereiro de 2012, as crianças buscaram socorro de madrugada junto ao Corpo de Bombeiros porque a mãe havia se engasgado com cachaça e o pai estava em outra cidade a trabalho, fato que culminou em novo acolhimento dos menores em Abrigo Municipal (fls. 154/163 e 173/176);

* Em 17 de fevereiro de 2012, sobreveio relatório do Programa de Acolhimento Institucional Casulo (fls. 178) dando conta que os menores abrigados depredaram objetos e mobília, agrediram fisicamente uma Monitora e fugiram do abrigo, sendo posteriormente localizados e trazidos de volta, motivo pelo qual houve requerimento de transferência para outra instituição;

* A genitora foi internada para desintoxicação em 12 de março de 2012 (fl. 181) e recebeu visita do Conselho Tutelar na data de 21 de março de 2012 (fls. 175/176), oportunidade em que foi informada da possibilidade da colocação dos menores sob a guarda da família extensa e referiu que a depressão era a maior dificuldade a enfrentar, ao passo que o representante do hospital mencionou que a genitora poderia receber alta porque já havia passado o surto;

* Em 19 de março de 2012 houve encontro dos menores com o genitor (fls. 186/190), ocasião em que exalava cheiro de álcool mas não pareceu estar embriagado, mas houve contato saudável com os filhos. Além disso, houve atendimento individual do pai, que manifestou não poder acompanhar as rotinas diárias da família em virtude do seu trabalho, atribuiu a “responsabilidade” pelo acolhimento dos filhos ao comportamento da mãe e foi orientado quanto à dimensão do problema familiar;

* Também no dia 19 de março de 2012, foi feito Estudo Social da família extensa para reinserção dos menores sob os cuidados da tia materna, Sra. V. M. de L. (fls. 191/196), com parecer favorável.

Digno de nota a observação feita no Estudo Social em questão, pois mencionado que o genitor sugeriu sua irmã, Sra. L. de M. L., como referencial para acolhimento das crianças e esta demonstrou possibilidade de responsabilizar-se por apenas uma criança e mostrou-se preocupada com a situação porque entende que o irmão também deveria assumir a necessidade de tratamento de desintoxicação.

* Em 03 de março de 2012, foi realizada nova visita assistida, momento em que os genitores informaram aos menores que passariam a residir com a tia materna e estes, diante da possibilidade de adoção e perda do contato com a família biológica, se dispuseram a colaborar com a rotina familiar (fls. 204/206);

* A reinserção dos menores em família extensa ocorreu em 04 de abril de 2012 e a alta médica da genitora em 02 de abril de 2012 (fls. 201/203 e 216/218);

* Em 10 de abril de 2012, houve contato telefônico com a tia materna para averiguação da adaptação familiar, oportunidade em que foi mencionada a ocorrência de uma briga entre os irmãos e uma de suas filhas, inclusive com agressões físicas, e que a genitora telefonou por duas vezes, sendo que na segunda pareceu estar com a voz embargada e despertou na irmã o receio de ter retornado ao vício (fls. 236/237);

* Na visita domiciliar realizada no dia seguinte, a tia materna referiu que a briga foi contornada e que a comunidade ficou sensibilizada com a situação vivenciada pela família (fls. 237/239);

* Em 12 de abril de 2012, a genitora foi advertida da necessidade de continuidade do tratamento ambulatorial de reabilitação (fl. 239);

* Em 13 de abril de 2012, sobreveio informação que a filha mais velha da família brigou na escola e em casa (fls. 239/240), que na visita assistida pediu (e ganhou) uma chupeta do pai (fls. 240/241);

* Em 16 de abril de 2012, em contato telefônico com a tia materna, foi informado que estava contornando a briga na escola da sobrinha mais velha e que um dos menores a agrediu fisicamente, mas a situação também já havia sido superada;

* O acompanhamento psicossocial ocorrido em 18 de abril de 2012 apontou que a família extensa não estava conseguindo contornar os problemas decorrentes da falta de limites e rebeldia dos menores, comportamento que, inclusive, foi incentivado pelo genitor por ocasião das visitas (fls. 243/245);

* Em razão deste fato, a visita assistida do pai foi suspensa em 20 de abril de 2012 (fl. 249), data em que foi realizada visita assistida apenas com a mãe, oportunidade em que a genitora amamentou um dos filhos - este já contava com sete anos (fls. 254/256);

* Na visita domiciliar à família extensa em 24 de abril de 2012 (fls. 256/259) a tia materna mencionou ter tido uma conversa séria com os menores, que passaram a respeitar a rotina familiar e informou que o menor que foi amamentado pela mãe na visita assistida passou mal (dores no estômago e na cabeça, febre e vômito), oportunidade em que referiu que a médica que o atendeu atribuiu a “causas emocionais”, mas orientou que a mãe não amamentasse mais o menor por conta dos fortes medicamentos que ingere por conta do tratamento de reabilitação;

* Na visita assistida com a genitora, realizada em 27 de abril de 2012, houve informação de novos conflitos na casa da tia materna, sendo que novamente amamentou um dos filho porque ele assim pediu, a despeito das advertências (fls. 263/265);

* Em 30 de abril de 2012, foi feito contato telefônico com a família extensa e houve relato que as crianças continuavam apresentando o mesmo comportamento agressivo (fls. 265/266);

* Na noite de 04 de maio de 2012, após a realização de uma visita assistida com a genitora, a qual transcorreu normalmente, houve situação de enfrentamento dos menores com os tios, sendo que a primogenita chegou a agredir fisicamente o tio, que entrou em contato com o Programa Municipal de Acolhimento Institucional e solicitou a retirada imediata das crianças da casa da família (fls. 277/278), situação caótica que perdurou até o dia seguinte, oportunidade em que a tia materna referiu a impossibilidade de permanecer com a sobrinha mais velha, mas que se dispunha a cuidar dos dois irmãos menores (fls. 278/279);

* A filha mais velha foi retirada da guarda da família extensa e novamente abrigada em 07 de maio de 2012 (fl. 289, 296/297);

* O CAPS informou, em 07 de maio de 2012, que a genitora frequentou apenas 50% (cinquenta por cento) dos atendimentos em grupo relativo ao seu tratamento de reabilitação (fls. 280);

* Na intervenção psicológica realizada em 01 de junho de 2012, após visita assistida com a genitora, a menor abrigada referiu sentimento de negligência e rejeição familiar, com a indicação de reintegração familiar porque a genitora se mostrava preocupada e atendia às orientações da equipe técnica (fls. 300/303);

* Em 04 de junho de 2012, o Serviço de Proteção Social solicitou modificação nas visitas assistidas, de modo que a irmã mais velha tivesse contato com a genitora em separado dos irmãos mais novos, a quem instigava a agir de forma “rebelde” (fls. 318/319);

* O ofício emitido em 06 de junho de 2012 deu conta que a genitora estava comparecendo regularmente ao CAPS para atividade de Grupo

de Prevenção à Recaída, ao passo que o genitor iniciou tratamento e foi desligado em decorrência das várias faltas injustificadas (fl. 304);

* No Estudo Social de fls. 295/291, datado de 12 de junho de 2012, a tia materna referiu a melhora da convivência com os dois sobrinhos que ficaram e referiu preocupação com o genitor, que encontrou embriagado (fls. 295);

* Em 05 de julho de 2012, porém, o Conselho Tutelar emitiu parecer em que destacou o esforço empreendido pelos pais biológicos para obter a guarda dos filhos (fls. 321/322);

* Em 09 de julho de 2012, sobreveio decisão judicial determinando a reintegração familiar, com o desabrigoamento da filha mais velha e o retorno de todos os filhos à residência dos pais (fls. 323/324);

* Nas visitas domiciliares realizadas em 19 de julho e 02 de agosto de 2012 (fls. 331/337), foi detalhado o processo de adaptação dos menores à nova rotina familiar com os pais, assim como foram feitas uma série de recomendações e advertida a genitora quanto à necessidade de matricular um dos filhos na escola, sendo que os outros dois já estavam frequentando instituição de ensino. Além disso, a mãe questionou a quantidade de atividades que a família estava sendo orientada a fazer (CREA, CAPS, dentre outros) e referiu que não havia necessidade de “tudo isso” (fl. 335) e que “cabia aos genitores a decisão de cumprir ou não as medidas requisitadas pelos serviços” (fl. 336).

* Ainda no dia 19 de julho, a genitora referiu agressividade do genitor, que tinha crises de ciúmes da mãe com os filhos (fl. 345);

* O ofício datado de 07 de agosto de 2012 dá conta da falta de comparecimento do casal ao atendimento agendado no DREAS (fl. 338);

* A visita domiciliar realizada em 08 de agosto de 2012 demonstrou a evolução da genitora, tanto em relação ao ambiente em que a

família vive (agradável, organizado e limpo) quanto em relação à rotina familiar (fls. 339/341);

* Em 17 de agosto de 2012, o genitor foi avistado pelos Conselheiros Tutelares consumindo bebida alcoólica com um grupo de pessoas, em local próximo à residência (fl. 346);

* Em 31 de agosto de 2012 os Conselheiros repassaram ao Promotor de Justiça a situação do pai e a necessidade de viabilizar internação para desintoxicação; o representante do Ministério Público conversou com o genitor, que se dispôs a aderir ao tratamento, mas não compareceu às consultas agendadas (fl. 346);

* Em 21 de setembro de 2012, a escola que um dos filhos frequenta noticiou seu baixo rendimento, o fato de o menor estar sempre sonolento em aula e ainda a apresentação constante com mau cheiro e roupas sujas (fl. 347 e 351);

Na mesma data, o Conselho tutelar realizou visita domiciliar e a genitora mencionou que o pai não ajudava no cuidado com os filhos e passava o tempo livre bebendo (fl. 347).

Após a visita, no mesmo dia, os Conselheiros receberam denúncia anônima dando conta que durante a noite o casal consumia bebidas alcoólicas e depois brigava na presença dos filhos e que a filha mais velha acabou sendo encarregada dos afazeres domésticos (fl. 347);

* Em 30 de setembro, houve visita domiciliar do Serviço de Proteção Social, oportunidade em que apuraram, pela genitora, que o pai estava no bar, que a residência estava em condições precárias e os vizinhos mencionaram que o genitor continuava abusando do consumo de álcool (fl. 367).

Na mesma data, o patrão do genitor referiu que a constante embriaguez estava interferindo no trabalho (fls. 367/368);

* O Serviço de Proteção Social visitou as escolas dos menores, na data de 17 de outubro de 2012, oportunidade em que foi informado que o filho mais novo se apresentava sonolento, cansado, demonstrava desinteresse, não participava das atividades e não era sociável, assim como apresentava sinal de desleixo (fl. 364).

O outro filho havia se envolvido com “cigarros” e “constrangimento a partes” na escola (fl. 364);

* Em 18 de outubro de 2012, o genitor esteve no Conselho Tutelar, embriagado, e informou que a partir daquela data seus filhos não participariam mais do CESEX porque um deles havia sido agredido pela professora do programa, bem como alegou que não iria mais se internar para desintoxicação (fls. 347/348);

* No dia 06 de novembro de 2012 foi feita nova visita domiciliar, ocasião em que a genitora atendeu os Conselheiros Tutelares com os olhos vermelhos e, assim como o genitor, tinha as mãos trêmulas e exalava cheiro de bebida alcoólica. Os filhos apresentaram emagrecimento e deixaram de frequentar alguns dos programas a que tinham dado início quando retornaram ao convívio com os pais (fl. 348);

* Em 09 de novembro de 2012, o pai foi visto pelos Conselheiros Tutelares em um bar, ingerindo bebidas alcoólicas (fl. 348);

* O Conselho Tutelar fez nova visita domiciliar em 12 de novembro de 2012, oportunidade em que a genitora mal conseguia ficar em pé e estava bem fragilizada, confusa, cheias de marcas e hematomas no corpo. A residência da família voltou à precariedade antes constatada, com roupas espalhadas, lata de tinta aberta, teto mofado que emanava forte cheiro, copo de cachaça e falta de organização e limpeza.

* O Serviço de Proteção Social fez visita domiciliar à família em 13 de novembro de 2012, oportunidade em que a genitora informou que

o pai estava desempregado e frequentava o bar constantemente, além de ter crises de ciúmes dos cuidados que dispensava aos filhos.

Na ocasião, a residência estava em condições precárias de higiene e organização, além de apresentar copo com bebida alcoólica em local acessível aos menores. A genitora informou, ainda que os pais concordaram em proibir as visitas da filha mais velha à casa da madrinha, pois voltava sempre reclamando das condições de vida da família (fls. 369/370);

* Diante destes fatos, a filha mais velha do casal foi entregue à guarda dos padrinhos e os dois outros filhos do casal foram novamente abrigados, conforme decisão exarada em 13 de novembro de 2012 (fl. 361, 364, 377/382);

* Em 18 e 19 de novembro de 2012, um dos menores abrigados causou conflitos no abrigo ao tentar se opor às rotinas da instituição derrubando cadeiras, batendo portas, dando mordidas e pontapés e perpetrando agressões verbais e físicas contra os funcionários (fl. 389);

* O Estudo Social datado de 21 de novembro de 2012 (fls. 391/407) fez um apanhado de todo o acompanhamento da família e apontou a necessidade de proteção aos menores;

* Em 18 de dezembro de 2012, foi indeferida a visitação dos genitores aos menores abrigados (fl. 437);

* O Relatório Circunstanciado de fls. 456/458 informou que, entre 10 de dezembro de 2012 e 14 de janeiro de 2013, o Oficialato da Infância e Juventude da comarca de Xaxim havia realizado diligências na residência do casal e consignou que, mesmo com as tentativas de internar o genitor, este não compareceu à consulta marcada e frequentou o bar durante o período. Além disso, foi noticiado que o genitor disse estar trabalhando, mas estava com a companheira em casa em plena segunda-feira e a genitora permaneceu inerte, alheia à conversa com o genitor,

que foi advertido da necessidade de tratar o alcoolismo. Na ocasião, os pais sequer perguntaram dos filhos;

* Em 30 de janeiro de 2013, sobreveio informação do Programa de Acolhimento Institucional Casulo dando conta da melhora do comportamento dos dois menores, que estavam mais acessíveis ao diálogo com os funcionários e demonstravam mais afetividade em relação aos demais abrigados.

* Em 15 de outubro de 2013, a filha mais velha do casal, já adolescente, demonstrou estar estável na casa da madrinha, com intenção de cursar ensino superior, e manifestou repúdio à possibilidade de retorno dos irmãos à guarda dos pais (fls. 630/631);

* Em 25 de novembro de 2013, os dois menores abrigados manifestaram desejo de serem adotados se não perdessem o contato com os irmãos; um dos menores mencionou aceitar voltar a morar com os pais se estes parassem de beber, e o outro rechaçou qualquer possibilidade (fls. 632/634).

Há às fls. 638/639 a informação que os menores haviam sido aproximados de um casal com interesse de adotá-los, aos finais de semana, e que a aproximação foi positiva;

* Na data de 04 de dezembro de 2013, foi realizada visita domiciliar aos genitores e foi constatada a mesma situação até então relatada: residência em péssimas condições de conservação, limpeza e organização; casal com os mesmos problemas de alcoolismo, negação e visivelmente desestruturados (fls. 634/638).

Atualmente, conforme se colhe dos autos, a filha mais velha do casal permanece sob a guarda da madrinha sem maiores contratempos, inclusive conforme depoimento da Conselheira Tutelar Luciana Balbinot Contini (fl. 551), ao passo que os filhos mais novos seguem abrigados e aguardam adoção com boas perspectivas (fls. 638/639).

Diante da exposição de tais fatos, em ordem cronológica, como dito, entendo que não há como manter os filhos sob os cuidados dos pais.

É bastante evidente que os genitores até se esforçam para melhorar e até certo ponto aderem aos tratamentos, terapias e orientações propostos, mas em seguida abandonam os tratamentos.

As mudanças e poucas melhoras, tanto em relação ao vício do alcoolismo quanto aos cuidados com os filhos, como se pode constatar, foram todas transitórias e em seguida verificou-se a ocorrência dos mesmos problemas que inicialmente ensejaram a suspensão do poder familiar e o acolhimento institucional dos menores em diversas ocasiões.

Está bem claro, como aduzido no recurso de apelação interposto pelos genitores, que há forte relação de afetividade dos pais para com os filhos; todavia, este vínculo não é forte, por si só, para garantir que os menores permaneçam com os genitores, visto que suas atitudes reiteradamente colocam a saúde e o desenvolvimento físico e psicológico dos menores em alto risco.

Óbvio que os menores devem preferir permanecer com os pais, figuras que, apesar do abandono e da negligência, representam o referencial de família dos filhos; porém, não cabe aos filhos escolher com quem devem ficar - visto que não possuem discernimento e maturidade suficientes para tanto -, mas ao Poder Judiciário, com a responsabilidade e segurança jurídica que um caso tão delicado quanto este exige.

Necessário destacar o excelente serviço desempenhado pelo Conselho Tutelar e pelo Serviço de Proteção Social do Município, cujos profissionais acompanharam muito de perto a realidade vivenciada pela família e relataram, com riqueza de detalhes e notável frequência, todos os fatos envolvendo os pais e as crianças. Além disso, deve-se ainda destacar que esta ótima equipe interdisciplinar deu aos pais todas as condições, orientações e programas de apoio possíveis para que estes conseguissem reestruturar suas vidas e sua família.

Os pais, além das vicissitudes inerentes ao alcoolismo, são condescendentes em relação aos filhos, talvez como modo de compensação. De

qualquer maneira, a permissividade aliada à negligência e ao mau exemplo têm trazido severas consequências na vida dos menores.

Ora, os filhos de fato fugiram do abrigo para retornar à família, mas também culpam os pais pelo abrigamento (fl. 179), circunstância que, por certo, refletiu em todo o comportamento narrado nos autos.

A tia materna que se propôs a acolher temporariamente os sobrinhos não suportou as agressões e conflitos frequentes; o abrigo e as escolas frequentadas indicam com clareza o comportamento agressivo e violento dos dois menores.

Após o retorno dos filhos à guarda dos pais, houve por um momento a clara melhora em todas as circunstâncias que culminaram no ajuizamento da presente ação. Mas, com o passar do tempo, os pais voltaram à postura negligente em relação aos filhos, sucumbiram ao vício e resistiram fortemente às tentativas das equipes multidisciplinares em reinseri-los nos programas sociais disponíveis.

Os pais novamente passaram a beber com grande frequência, a se desentender e se agredir, inclusive com passagens em que a genitora sequer conseguia permanecer em pé e com o genitor causando tumulto no Conselho Tutelar.

A residência da família retornou à imundice, inclusive com acesso dos menores à bebida alcoólica, e os filhos apresentavam-se na escola com vestimentas desleixadas e sem os devidos cuidados de higiene e com dificuldade de aprendizagem - isso quando os pais matricularam um dos filhos, que permaneceu parte do ano letivo sem o necessário acesso à educação.

De tal contexto, fica óbvio que, ainda que exista afetividade, o comportamento dos pais está prejudicando o desenvolvimento físico e psicológico dos filhos, sem qualquer perspectiva de mudança - ainda que se vislumbre uma pequena melhora, pois, em seguida, a situação de risco volta a se consolidar.

As denúncias anônimas em relação ao abandono e às agressões foram amplamente corroboradas por todos os relatórios e Estudos Sociais - que não foram poucos! - e, neste contexto, refletem a insegurança da comunidade com a situação dos menores.

Frise-se que, nos termos do testemunho da Conselheira Tutelar Luciana Balbinot Contini (fl. 553), as denúncias não foram feitas apenas pelo irmão do genitor, com quem o casal tinha divergências pessoais, mas por “muitos vizinhos”, pessoas que moram próximas à residência do casal, que telefonaram e, inclusive, se dirigiram ao Conselho Tutelar para fazer denúncias.

O desejo dos pais em ter os filhos consigo, como expressado por ocasião da interposição do apelo, não é corroborado pelas atitudes dos genitores tão amplamente documentadas nos autos.

Ademais, os depoimentos dos Conselheiros Tutelares, transcritos no acórdão (fls. 543/556), foram bastante amenos se comparados aos fatos descritos nos inúmeros relatórios trazidos aos autos.

Entendo que o abrandamento detectado nos depoimentos colhidos por certo se deve à provável presença dos genitores nas audiências de instrução, fato que certamente inibiu os depoentes, na medida em que os termos de audiência não consignaram retirada dos genitores da sala (fls. 421 e 427).

A despeito destes testemunhos efetivamente não serem suficientes à destituição do poder familiar, conforme consignado no acórdão vergastado, não se pode desconsiderar a vasta prova documental produzida nos autos, ocasião em que os fatos envolvendo a família foram descritos logo que ocorridos e sem qualquer constrangimento que pudesse amenizar tais relatos.

No depoimento de Danieli Bonet, Psicóloga do CRAS à época do atendimento da família e atual coordenadora do programa, a Juíza inclusive

questionou a testemunha se havia algum receio em relação ao genitor por conta das respostas serem tão evasivas, o que é bem provável, já que os estudos e relatórios anteriormente confeccionados apontam para sua agressividade.

Os outros depoimentos colhidos em momento algum, por mais abrandados que fossem pela presença dos pais, não foram capazes de desconstituir a prova documental produzida nos autos.

A genitora, em seu depoimento pessoal, mencionou que os fatos que ensejaram os abrigamentos eram “pura calúnia” e que não padecia mais de problemas com a bebida, que já havia superado e não bebe mais, e atualmente seu problema era apenas a depressão. Porém, tal circunstância reflete a franca incapacidade de a genitora perceber a gravidade da repercussão das atitudes de ambos os pais em relação aos filhos menores.

O genitor, por sua vez, sequer admite o alcoolismo! Postura, aliás, reiterada pela genitora por ocasião do último Estudo Social (fl. 636).

Ainda que haja sensibilidade em relação ao problema de saúde que acomete os genitores (dependência química), não podem os menores, principais vítimas, ficarem à mercê das reiteradas omissões e negligências dos pais.

A nocividade da influência dos pais nos menores fica evidente no documento de fl. 466, segundo o qual o comportamento dos abrigados melhorou porque se mostram mais acessíveis e afetuosos desde o último abrigamento, tendo-se em conta que as visitas dos genitores não foram permitidas, ao contrário do que ocorreu no outro período em que estiveram abrigados.

Esta é a triste realidade dos autos, pois, pelo exposto, percebe-se que os genitores, em conjunto ou isoladamente, não têm quaisquer condições de manterem sob suas guardas os filhos e de tampouco supri-los as condições - materiais, morais, emocionais e psicológicas - necessárias para assegurar o sadio desenvolvimento dos menores.

O que se vê, em verdade, é que os genitores, ao revés do que é argumentado no apelo, nem sequer têm condições de manterem uma es-

estrutura de vida digna para ambos, dada a comprovação que, além do vício do álcool - repita-se, prática reiterada -, sobrevivem em ambiente sujo e insalubre, o que não se justifica por terem origem humilde.

Que dizer, então, da responsabilidade pela manutenção de três filhos que, além das providências necessárias da juventude, já demonstram problemas psicológicos que refletem a educação e o ambiente em que até então estiveram inseridos?

A conclusão adotada pelo Des. Luiz Cesar Schweitzer, em seu voto vencido, a propósito, é pertinente com o contexto probatório refletido no caso:

(...) todas as medidas possíveis foram tomadas com o objetivo de restabelecer o convívio familiar, porém, sem sucesso, de sorte que a amplitude do elenco probatório produzido nos autos justifica, sem sombra de dúvidas, a manutenção da decisão recorrida, porquanto adotou a providência que melhor atenderia aos superiores interesses das crianças (fls. 602/603).

Triste é a realidade mas, por tais fatos e fundamentos, este Julgador não vê outra solução senão a de conhecer e prover os embargos infringentes opostos pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina para, ao reformar a decisão colegiada de fls. 531/587, confirmar na íntegra a decisão de primeiro grau para decretar a perda do poder familiar dos genitores sobre os filhos menores, G. F. de M. (nascido em 23.02.2002) e G. de M. (nascido em 14.03.2005); providência esta que, frise-se, visa tão-só preservar os interesses das crianças e não punir os pais que, nesta hipótese, igualmente são vítimas da falta de estrutura familiar e da falta de exemplo.

É, pois, como voto.

Embargos Infringentes n. 2014.044287-8, de Orleans

Relator: Des. Ronei Danielli

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE MÉDICO-HOSPITALAR. SOFRIMENTO FETAL OCORRIDO DURANTE O TRABALHO DE PARTO, ACARRETANDO PARALISIA CEREBRAL À NEONATA. PLEITO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS À LESADA E SEUS PAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. VOTO VENCIDO NO MESMO SENTIDO, RECONHECENDO SER O INFORTÚNIO FUNDADO EM CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. VOTO VENCEDOR CONDENANDO SOLIDARIAMENTE A MÉDICA E O HOSPITAL COM BASE NA CULPA. PARTURIENTE SAUDÁVEL E COM PRÉ-NATAL SEM INTERCORRÊNCIAS, INTERNADA E ACOMPANHADA EXCLUSIVAMENTE POR PARTEIRA. EVIDÊNCIAS A INDICAR A INEXISTÊNCIA DE MÉDICO PLANTONISTA NA ESPECIALIDADE (GINECOLOGIA OBSTETRÍCIA) NO HOSPITAL-MATERNIDADE NA MADRUGADA DOS FATOS. NEGLIGÊNCIA DA EQUIPE DE ENFERMAGEM E DA PARTEIRA NA MONITORAÇÃO DO TRABALHO DE PARTO. PARTOGRAMA INDICANDO QUE A PRESSÃO ARTERIAL DA GESTANTE, APESAR DE ALTA (18/11), SOMENTE FORA MEDIDA NO MOMENTO DA CHEGADA AO NOSOCÔMIO E APÓS O PARTO CESÁRIO. BATIMENTOS CARDÍACOS DO NASCITURO NÃO AUSCULTADOS DURANTE O PROCESSO DE PARTURIÇÃO. SOFRIMENTO FETAL QUE PODE TER SE ESTENDIDO POR LONGAS HORAS ANTES DESSE DIAGNÓSTICO FEITO PELA PARTEIRA (EVIDENTEMENTE IMPERITA PARA TANTO). LAUDOS PERICIAIS APTOS A CORROBORAR A INTELECÇÃO DE IMPRESCINDIBILIDADE DA PRESENÇA DE UM FACULTATIVO DA ÁREA PARA ASSEGURAR A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO OBSTÉTRICO OFERECIDO PELO ENTE HOSPITALAR. FALHA NA PRESTAÇÃO INCONTESTE PELA FALTA DE MATERIAL HUMANO A VIABILIZAR A ATIVIDADE ECONÔMICA DESEMPENHADA PELA PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA, A TEOR DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MÉDICA DE-

MANDADA QUE, APESAR DE TER ACOMPANHADO O PRÉ-NATAL DA PACIENTE, COMPROVADA E LICITAMENTE SE ENCONTRAVA EM SUA RESIDÊNCIA NA OCASIÃO (POR NÃO ESTAR DE PLANTÃO E NÃO TER SIDO CHAMADA LOGO DE INÍCIO). RESPONDENDO AO COMUNICADO DA PARTEIRA, PRONTAMENTE DIRIGE-SE AO NOSOCÔMIO E EFETUA A CESARIANA O MAIS RÁPIDO POSSÍVEL. ATUAÇÃO NÃO CARACTERIZADA COMO OMISSIVA, NEGLIGENTE, IMPRUDENTE OU IMPERITA. OBRIGAÇÃO DE MEIO SATISFEITA. RESULTADO DANOSO NÃO DECORRENTE DE CONDUTA CULPOSA DA PROFISSIONAL EM QUESTÃO. NEXO CAUSAL VERIFICADO TÃO SOMENTE COM RELAÇÃO À POLÍTICA ADOTADA PELA FUNDAÇÃO HOSPITALAR. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Evidenciada a falha na prestação dos serviços do hospital-maternidade ao não oferecer às pacientes-consumidoras profissionais capacitados para diuturnamente acompanhar o processo dos partos e, nessa medida, diagnosticar, a partir de conhecimento científico (e não empírico) eventual necessidade de intervenção cesária quando urgente.

Tal conduta mostra-se tão aviltante, mesmo para um hospital do interior (que ao contrário da argumentação dos réus, não se sujeita a regramentos diversos dos localizados em grandes centros porquanto lida com o patrimônio mais precioso do ser humano – integridade física e mental) que pode, sim, ser classificada como ilícita, nos termos do voto vencedor.

De outro lado, assentado nos autos que, chamada nas primeiras horas da manhã do dia 26.06.1995, a médica obstetra dirigiu-se imediatamente ao nosocômio, realizando a cesariana tão logo anestesiada a paciente, não se pode cogitar de omissão de socorro de sua parte, ou ainda de negligência, imprudência ou imperícia.

Faltando, além da caracterização de conduta culposa da médica, o necessário nexo de sua atuação com o dano experimentado pela vítima e seus pais, ao contrário do que ocorre com o ente hospitalar, mister afastar a solidariedade imposta à profissional pelo acórdão embargado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2014.044287-8, da comarca de Orleans (1ª Vara), em que são embar-

gantes Alice Vanesca Zomer Dal Molin e Fundação Hospitalar Santa Otília, e embargados José Carlos da Silva, Roseli da Rosa da Silva e V. da S.:

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por maioria de votos, prover, em parte, os Embargos Infringentes para afastar a responsabilidade da médica obstetra, mantida a condenação do hospital nos termos do acórdão impugnado. Restaram vencidos e pretendem declarar voto os Exmos. Des. Denise Volpato e Domingos Paludo, que votaram pelo desprovimento do recurso por entender que deveria prevalecer a condenação subsidiária do hospital e da médica. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargador João Batista Góes Ulysséa, Desembargador Sebastião César Evangelista, Desembargador Domingos Paludo, Desembargador Jorge Luis Costa Beber, Desembargador Eládio Torret Rocha, Desembargador Fernando Carioni, Desembargador Marcus Tulio Sartorato, Desembargador Henry Petry Junior, Desembargador Alexandre d'Ivanenko, Desembargadora Denise Volpato, Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves e Desembargador Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 13 de agosto de 2014.

Ronei Danielli
RELATOR

RELATÓRIO

José Carlos da Silva, Roseli da Rosa da Silva e V. da S., à época representada pelos pais, promoveram, em 06.02.2001, perante o juízo da 1ª Vara da comarca de Orleans, ação de indenização por danos morais e materiais em face de Fundação Hospitalar Santa Otília e Alice V. Z. Dal Molin.

Alegaram, para tanto, a ocorrência de negligência médica no atendimento da parturiente Roseli, notadamente porquanto após nove horas

de trabalho de parto difícil e com alteração da pressão sanguínea da mãe, resolveram realizar a cesariana. No entanto, dada a demora na tomada da providência, quando finalmente alterada a via de parto, já havia a instalação do quadro de sofrimento fetal, o que, a toda evidência, acarretou o nascimento de uma criança portadora de graves lesões neurológicas (Encefalopatia Crônica por Trauma Perinatal), com sérios comprometimentos na coordenação motora dos membros inferiores e superiores.

Asseveraram, ainda, que foram impedidos de ter um contato sadio com a menor, na medida em que não têm perspectivas de *“um futuro normal para a mesma, vendo-a crescer e se desenvolver, frequentar escolas, trabalhar, ter filhos, entre tantos outros acontecimentos”*.

Na sentença, o Magistrado Paulo da Silva Filho julgou improcedente o pedido, condenando os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, §3º, do Código de Processo Civil, suspensa a exigibilidade por serem beneficiários da assistência judiciária gratuita.

Irresignados, os vencidos apelaram, repisando os termos da inicial e requerendo a condenação dos réus ao ressarcimento moral e material decorrente da ausência de tratamento clínico digno, fato que acarretou problemas neurológicos irremediáveis no feto.

Apresentadas contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte Estadual de Justiça.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Jacson Corrêa, opinando pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

No julgamento da Apelação Cível n. 2009.023378-5, cuja relatoria restou designada ao Desembargador Carlos Prudêncio, decidiu a Primeira Câmara de Direito Civil deste Tribunal, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para condenar os demandados ao pagamento de danos materiais, a serem apurados em liquidação de sentença,

bem como danos morais no montante de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), ambos acrescidos dos devidos consectários legais, além de pensão alimentícia no valor de 2 (dois) salários mínimos, a ser paga desde o nascimento, vencida a relatora que negava provimento ao apelo.

Diante da divergência no julgamento, os réus opuseram os presentes Embargos Infringentes, visando à prevalência do voto vencido, consignado pela relatora da Apelação Cível, Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, que mantinha intacta a sentença atacada.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Esse é o relatório.

VOTO

Versa a polêmica dos autos acerca da responsabilidade médico-hospitalar por sequela neurológica causada por trauma perinatal sofrido por ocasião do parto.

Impugna-se no presente recurso o acórdão da Primeira Câmara de Direito Civil desta Corte que, em decisão não unânime, reformou a sentença de mérito, reconhecendo a responsabilidade da médica e do hospital pelos danos decorrentes do parto da jovem Vandressa e, conseqüentemente, a obrigação solidária em ressarcir os prejuízos materiais e morais causados à vítima e a seus pais. Buscam, por conseguinte, a prevalência do voto vencido no sentido da isenção de ambos os réus.

Cumpre, inicialmente, uma breve digressão dos fatos que emolduram a demanda em exame.

No dia 25.06.1995, a gestante Roseli, já em trabalho de parto, dá entrada no hospital demandado, por volta das 23h30 min, sendo submetida aos cuidados de uma parteira e sua equipe de auxiliares.

Após toda a madrugada, perto das 5h, a parteira decide chamar a médica obstetra (também demandada) em sua casa, tendo em vista a

conclusão de que não seria mais possível um parto pela via normal (necessitando, pois, de cesariana).

Tão logo a médica chegou ao hospital iniciou os procedimentos para a cirurgia, tendo a criança nascido às 5h45 min do dia 26.06.1995.

Contudo, em razão da privação de oxigênio no cérebro durante o trabalho de parto (sofrimento fetal agudo), o neonato apresentou paralisia cerebral, causada por trauma perinatal, recebendo o diagnóstico de encefalopatia hipóxico-isquêmica. (fl. 25).

Segundo o relato dos pais, a gestação desenvolveu-se normalmente, sem intercorrências, tendo a médica demandada acompanhado o pré-natal até o fim, vindo a ocorrer o parto a termo.

O diagnóstico de sofrimento fetal agudo distingue-se do crônico justamente por se tratar de condição surgida durante o trabalho de parto, não sendo, portanto, observada nenhuma alteração no período gestacional propriamente dito.

De outro lado, sustentam o hospital e a médica a ausência de nexo de causalidade entre a conduta da obstetra e o resultado danoso, uma vez que as condições da paciente indicavam mais um parto normal (já era mãe de quatro filhos nascidos por esta via), e, tão logo apresentadas complicações no quadro da parturiente, a intervenção cirúrgica fora realizada a contento.

O fundamento a amparar a sentença e o voto vencido traduz a inteligência de caso fortuito ou de força maior, explicado o prejuízo sofrido pela lesada e seus familiares como acontecimento “*imprevisível e inevitável*”, ou seja, não atribuível à conduta da médica e, por conseguinte, do hospital (fl. 311).

Por sua vez, os votos vencedores responsabilizam a Fundação Hospitalar Santa Otília segundo os parâmetros da responsabilidade civil

subjetiva, marcadamente por sua negligência em não disponibilizar no estabelecimento profissional habilitado de plantão para o atendimento das urgências obstétricas. Diz o acórdão: “*Sendo assim, diante da negligência do hospital réu, que em face de não disponibilizar um profissional capacitado para pronto atendimento na área de obstetrícia, não agiu de acordo com regramento jurídico, configurando então o ato ilícito*” (fl. 389).

No concernente à responsabilidade da médica, a despeito de reconhecer indiretamente a sua ausência na madrugada dos fatos (lê-se de trecho do voto vencedor: “*o fato da ré Alice não ser a plantonista não exime o hospital da responsabilidade de disponibilizar um médico capacitado no local*” - fl. 391), enquadra sua responsabilidade no dever de direção e fiscalização da conduta da parteira durante o acompanhamento do trabalho de parto.

Diante desse contexto, os principais argumentos dos embargantes para a prevalência do voto vencido são a ausência de negligência do nosocômio e de culpa da obstetra. Extrai-se do recurso :

No corpo do acórdão a linha de raciocínio fica mais clara à fl. 388, quando o ilustre relator afirma que a médica, Dra. Alice, não poderia estar em casa, **nem o hospital do interior atender um parto natural com parteira para o monitoramento inicial da paciente**, enquanto a médica – **que não era plantonista** – chegava ao nosocômio. Este é o ponto da negligência do Hospital.

Logo em seguida, para condenar a médica, apesar de reconhecer que ela não era plantonista, S. Exa, preferiu afastar os dois laudos periciais e se basear na prova testemunhal (apesar de não citar um único depoimento), e, ainda, vaticinar que era ela que deveria estar na sala de parto orientando todos os técnicos envolvidos. Se não estava, então é culpada e ponto final. (sem grifo no original). (fl. 426)

Encerram a argumentação demonstrando ser o ponto nodal da controvérsia (segundo os recorrentes, bem compreendido na sentença e no voto vencido) a “*janela que existe entre a inviabilidade do parto normal e a decisão pela cesariana: O que pretende o voto vencedor é que*

o médico seja capaz de observar essa janela com a devida antecedência, imputando ao médico e ao hospital uma obrigação de fins” (fl. 427).

Pois bem, passa-se ao exame do mérito, adiantando-se a enumeração didática da responsabilidade do nosocômio e da médica obstetra para uma melhor visualização da hipótese.

1. Da responsabilidade do hospital

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, os hospitais e clínicas médicas passaram a receber enquadramento de prestadores de serviços, respondendo, em regra, objetivamente, a teor do artigo 14, pelo dano decorrente de prestação defeituosa.

Para tanto, a responsabilização do ente hospitalar depende, necessariamente, da existência de defeito na prestação do serviço, **seja ele um serviço próprio do nosocômio, seja ele decorrente do atendimento médico (ainda que realizado por parteira ou enfermeira), desde que o profissional esteja de alguma forma ligado à instituição, ainda que sem vínculo empregatício.**

Sob essa perspectiva, mostra-se evidente a falha na prestação dos serviços do hospital-maternidade ao não oferecer às pacientes-consumidoras profissionais capacitados para diuturnamente acompanhar o processo dos partos e, nesse passo, diagnosticar, **a partir de conhecimento científico (e não empírico)** eventual necessidade de intervenção cesária quando urgente.

Tal conduta mostra-se tão aviltante, mesmo para um hospital do interior (que, ao contrário da argumentação dos réus, não se sujeita a regramentos diversos dos localizados em grandes centros porquanto lida com o patrimônio mais precioso do ser humano – integridade física e mental) que pode, sim, ser classificada como ilícita, nos termos do voto vencedor.

Consoante reflexão de Jurandir Sebastião sobre o tema:

Os estabelecimentos de saúde (públicos e privados) devem se preparar, previamente, para o enfrentamento das situações de urgência/emergência, em atendimento pré-hospitalar, nos termos das Resoluções n. 1.451/95 e n. 1.529/98 do CFM. Essas Resoluções estabelecem o número mínimo de profissionais que devem compor a equipe de plantão, assim como os recursos técnicos que devem existir. [...]

Os hospitais são obrigados a manter médicos de plantão para atendimento das urgências e emergências, tanto para assistência aos pacientes internados como àqueles que venham bater às suas portas. [...] **Em caso de omissão a esse dever, o hospital ficará responsável pela indenização perante o paciente, se esse sofrer dano por falta de médico de plantão.** (sem grifo no original) (*Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 180/183).

Desse modo, resta clara a responsabilidade do hospital, quer sob o paradigma extracontratual (art. 159 do CC/16), quer sob o amparo da legislação consumerista, pois a despeito de tratar-se a autora paciente do Sistema Único de Saúde – SUS, o hospital privado que mantém convênio com a rede pública aufere lucro dessa atividade, na medida em que é remunerado pelos procedimentos e gastos específicos de cada atendimento, possibilitando, assim, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (conforme precedentes: Embargos Infringentes n. 2012.067236-5, de Jaraguá do Sul, relator Des. Henry Petry Junior, Grupo de Câmaras de Direito Civil, julgados em 08.05.2013; Agravo de Instrumento n. 2014.010366-0, de São Bento do Sul, deste relator, Sexta Câmara de Direito Civil, julgado em 27.05.2014).

Poder-se-ia, ainda, cogitar de culpa presumida do patrão por atos de seus empregados (parteira e auxiliares), uma vez que claramente praticados com negligência e imperícia, como adiante será visto.

Antes, porém, deve-se atentar que a premissa tida por fundamental pelos embargantes (refletida na conclusão da sentença e do voto venci-

do) encontra-se equivocada, de modo que, enquanto não aclarada, fatalmente levará a soluções equivocadas.

O ponto nodal da controvérsia não é a capacidade profética do médico de antever a necessidade de uma intervenção cirúrgica para a retirada do nascituro do ventre materno, mas **a obrigação do ente hospitalar de garantir em seu estabelecimento (que é também maternidade) a presença de um profissional da ginecologia obstetrícia, devidamente habilitado para avaliar científica e periodicamente a evolução do trabalho de parto** (notadamente as condições da mãe e seu conceito) a fim de um diagnóstico precoce e preciso de sofrimento fetal e, na sequência, uma intervenção imediata, capaz de evitar sequelas graves como as suportadas por Vandressa.

Recuperando-se as assertivas das partes, em que pese a tentativa desesperada dos pais em localizar a obstetra Alice no nosocômio na noite da admissão (caracterizando assim sua culpa), **entre inúmeras contradições sobressai a mais assustadora verdade**: a médica encontrava-se em sua residência (pois não estava de plantão na oportunidade), não havendo registro da presença de nenhum facultativo no estabelecimento (tanto que a ficha denominada AIH – Autorização de Internação Hospitalar, documento repassado ao SUS para efeito de reembolso fora preenchida pela demandada na manhã seguinte ao parto com data retroativa).

Do mesmo modo, a Fundação Hospitalar, após muito tergiversar, acaba por admitir que a internação (diagnóstico) e o acompanhamento da parturiente ficara a cargo da parteira Maria Helena (com larga experiência no mesmo hospital), afinal, o que se espera de um hospital interiorano?

Supõe-se que, ao procurar atendimento obstétrico logo nos primeiros sinais de trabalho de parto, a gestante legitimamente esperava ser examinada e acompanhada, ou ao menos ter sua evolução supervisionada por profissional da medicina, perito em ginecologia e obstetrícia, caso

contrário, poderia ter chamado parteira de sua confiança para efetuar um parto em casa, prescindindo, então, do deslocamento de sua cidade – São Ludgero para o hospital mais próximo em Orleans. Sem dúvida, o parto em casa realizado com auxílio de parteiras mostra-se muito comum em pequenos municípios do interior, notadamente os desprovidos de unidades hospitalares dispostas de maternidades.

Não obstante essa realidade, optaram claramente os embargados pela segurança de um serviço médico especializado, oferecido em um ambiente hospitalar que, no entanto, lhes fora negado.

Desde a sua chegada no hospital-maternidade, por volta das 23 h 30 min, Roseli fora entregue à “experiente” parteira da casa que, não obstante a falta de formação específica, **decidiu** pela via do parto natural, e, por conseguinte, pela desnecessidade de chamar a médica em sua residência.

Pelo simples fato de ter cabido tal diagnóstico à pessoa indiscutivelmente imperita para tanto, as elucubrações a seguir sequer se fariam necessárias.

Todavia, serão feitas mesmo assim, mais como apelo pedagógico do que fundamento jurídico, haja vista a incontestada falha na prestação do serviço hospitalar, consubstanciada na falta de material humano imprescindível para o desempenho da atividade que desempenha lucrativamente.

Admitida a gestante com trabalho de parto no primeiro estágio, a parteira e seus auxiliares trataram de medir a pressão arterial da parturiente, sua temperatura corporal, o intervalo das contrações e os batimentos cardíacos do feto.

Tais informações encontram-se registradas no documento de fl. 78, denominado *partograma*, cujo objetivo primordial é monitorar a evolução do trabalho de parto, tanto sob o ponto de vista da saúde da mulher como do nascituro:

O partograma é método gráfico para acompanhamento da evolução do trabalho de parto, devendo ser utilizado na assistência, ter seu uso estimulado pelo ensino e restando, ainda, espaço para novas pesquisas. **Na assistência, é fundamental o seu preenchimento correto para avaliação correta do trabalho de parto, o que é de grande utilidade na passagem de plantões obstétricos**, especialmente em serviços de grande movimento. (sem grifo no original). (*Partograma: o método gráfico para monitoração clínica do trabalho de parto*. Disponível em: <http://www.Febrasco.Org.Br/site/up-content/upl...>, em 05.08.2014).

Ainda, colhe-se do texto mencionado a informação de que diversas pesquisas demonstram ser a ausência de partograma ou mesmo seu preenchimento incorreto fator de risco para a mortalidade perinatal (*Op. Cit.*).

Em razão da relevância de um constante monitoramento da parturiente e seu conceito, a Agência Nacional de Saúde recomenda a atualização frequente da evolução do trabalho de parto (Partograma), notadamente no que diz respeito à saúde e vitalidade do nascituro, mediante a medição de seus batimentos cardíacos (BCF- batimentos cárdio-fetais). (http://www.ans.gov/portal/site/_hotsite_parto_2/oper_prest_evidencias.asp).

No caso em tela, constata-se sem maiores dificuldades, que o partograma fora negligenciado, sugerindo, por consequência, o desamparo pelo qual passou a paciente durante seu trabalho de parto, tornando crível sua afirmação de que fora deixada desassistida por longos períodos, durante os quais chegou mesmo a convulsionar.

Nota-se que a parteira anotou no documento em questão, no momento da admissão da gestante (23h30min), a sua pressão arterial (já bastante elevada – 18/11), a frequência das contrações (a cada 10 minutos) e os batimentos cárdio-fetais (naquele momento dentro da normalidade, por volta de 140 p/min). Após essa análise preliminar, tanto a pressão arterial da mãe como os batimentos cardíacos do feto deixaram de ser devidamente acompanhados, inexistindo qualquer amostra de que a evolução do trabalho de parto encontrava-se dentro do esperado.

Tampouco se pode afirmar quando teve início o sofrimento fetal do nascituro, porquanto seus sinais vitais não foram sistematicamente verificados. Aliás, os batimentos cardíacos do feto somente foram auscultados na admissão da mãe, às 23h30min e em nenhum outro momento durante as horas que se seguiram madrugada adentro.

De acordo com a literatura médica, a ausculta de batimentos cardíacos fetais deve ser realizada ao fim da contração por um período de 60 segundos, obedecendo os seguintes critérios de periodicidade:

PRIMEIRO PERÍODO DO PARTO

- Baixo-Risco: a cada 30 min
- Alto-Risco: a cada 15 min

SEGUNDO PERÍODO DO PARTO

- Baixo-Risco: a cada 15 min
- Alto-Risco: a cada 5 min (*consoante recomendação disponível em: www1.saude.ba.gov.br, capturado em 05.08.2014*).

Observados os parâmetros referidos, pode-se, inclusive, aplicar ao caso concreto a recomendação pertinente ao parto de risco considerada a pressão arterial da mãe que, **no momento da chegada à maternidade**, já marcava **18/11** e pode muito bem ter-se elevado durante o estressante trabalho de parto, causando-lhe mesmo as alegadas convulsões (propositadamente desacreditadas pelos embargantes).

O quadro apresentado pela parturiente teria certamente chamado a atenção de um obstetra, senão para alterar a via de parto imediatamente, pelo menos para ensejar um monitoramento mais frequente de sua saúde, bem como da vitalidade intrauterina do feto, a fim de assegurar um bom desfecho para este momento tão especial na vida dos pais e do bebê.

Porém, a parteira, incapaz de identificar o perigo (provavelmente pela falta de conhecimento técnico), deixou de monitorar a gestante, preocupando-se somente em anotar a frequência das contrações.

Ora, sabendo-se que o nascituro não apresentava nenhum sinal de malformação congênita nem de sofrimento fetal crônico (o pré-natal incontroversamente transcorreu em perfeita normalidade), e que quando a genitora chegou ao nosocômio sua atividade cardíaca era normal, pode-se concluir que algo muito grave aconteceu entre a internação de sua mãe e o seu nascimento, presumindo-o plenamente saudável até então.

Com efeito, o diagnóstico de sofrimento fetal agudo (ocorrido durante o trabalho de parto) mostra-se indiscutível e, sendo assim, evidente que a presença de um médico especialista fazia-se imprescindível para o monitoramento constante da parturiente e seu nascituro, bem como para o diagnóstico da emergência e tomada de decisão pelo parto cesáreo, consoante anotado pelo perito, Dr. Rui José Knabben, à fl. 213:

O tempo para a cirurgia cesárea normal não é crítico. **Ele passa a ser crítico e se torna uma urgência e até mesmo uma emergência quando ocorre sofrimento fetal. Isto porque uma vez ocorrido o sofrimento fetal já começam a aparecer lesões cerebrais, as quais, dependendo da intensidade poderão ser reversíveis ou definitivas.** A tolerância do cérebro à anóxia (falta de oxigênio) é muito pequena quando comparada a outros órgãos. As células do cérebro começam a sofrer e, posteriormente, a morrer em minutos (3-5) e as lesões ou sequelas (ou consequências) dependerão tanto do número, como da intensidade e local das células lesionadas. (sem grifo no original).

Tanto o nosocômio tem consciência dessa terrível negligência que quase todas as perguntas formuladas aos peritos referem-se ao momento da internação da paciente, resultando, obviamente, em respostas apontando que, na chegada, à exceção da pressão sanguínea da gestante, tudo o mais apresentava-se dentro da normalidade.

Confira-se o que responde o Dr. Knabben à formulação da pergunta sobre as condições clínicas da paciente **quando da internação:**

No prontuário médico, e mais especificamente nas fichas de evolução obstétrica e relatório de enfermagem, os sinais vitais tanto da mãe quanto do feto são normais, salvo hipertensão arterial (180/11- às 23:30), tendo a mesma

cedido após a cirurgia (120/80 às 6:00 horas). Isto sugere não haver sofrimento fetal na internação. (sem grifo no original) (fl.214)

Vê-se que o perito faz questão de frisar não haver sofrimento fetal no momento da internação e ponto final.

Observe-se, em tempo, que, embora a pressão arterial da mãe fosse extremamente alta, não fora medida em nenhum outro momento antes do nascimento do bebê, ou seja, mediu-se na internação e depois somente após o parto.

Quanto à outra perícia, subscrita pelo Dr. Nazareno Amin (fls.119/121), há diversas incongruências, inclusive de datas e horários (vide fl. 121, onde afirma que o trabalho de parto iniciou em 31.08.97 e que no partograma consta apenas uma anotação às 2h10min) capazes de por em dúvida a hígidez da análise realizada.

Mesmo assim, ao ser perguntado se o trabalho de parto da paciente evoluiu normalmente, **responde que o quesito está prejudicado, porque consta apenas um registro no partograma (quesito n. 4, fl. 121).**

Das respostas teóricas, pode-se, ainda, extrair o seguinte trecho:

Existem condições que mesmo em trabalho de parto com evolução materna normal, o feto pode apresentar sinais de sofrimento. Exemplo: circular de cordão umbilical enrolado no feto e ocorrendo dificuldade para circulação sanguínea do mesmo, faltando a oxigenação, o feto responderá inicialmente com taquicardia (batimentos cardíacos acelerados) e, posteriormente com bradicardia (batimentos cardíacos lentos). (quesito n. 8, fl.121).

Logo, corrobora a assertiva de que o monitoramento frequente (no máximo a cada meia hora) dos sinais vitais do feto era fator determinante para prosseguir com o plano traçado na internação de parto natural. Ausente a diligência, assume-se o risco de colocar a vida da paciente e seu conceito em perigo, como aconteceu *in casu*, com consequências desastrosas e perenes.

No mais, o que exatamente aconteceu e quando exatamente aconteceu são questionamentos que permanecerão irrespondíveis, pois, por mais que se possa conjecturar, na ausência de registros periódicos e seguros (partograma), não se pode com certeza afirmar que o sofrimento fetal deu-se apenas no momento da expulsão. Nada há a garantir que a concebida não tenha passado por um longo período de privação de oxigênio durante o trabalho de parto. Ao contrário, seu prontuário médico indica a severidade de seu quadro no momento do nascimento, tanto que recebeu no primeiro minuto de vida a nota “0” no *apgar*.

Referido teste é utilizado para medir a coloração, o tônus muscular, a frequência cardíaca, a capacidade respiratória e os reflexos do recém nascido que, no caso de Vandressa, foram todos avaliados com a nota “0” (zero) (fl. 36 do processo cautelar anexo). Em suma, a filha dos embargados fora retirada cirurgicamente do útero materno praticamente morta, nos termos das anotações do médico, Dr. Edésio Michels, à fl. 22 do processo cautelar anexo):

RN nascida de parto cesário, sof. fetal súbito, mãe múltipara, APAGAR 0 - reanimada/intubada – só voltou a respirar 15’ depois – hipotonia generalizada/ausência dos reflexos [ilegível].

Após passados cinco minutos e várias manobras para reanimar a neonata, o APGAR passou de “0” (zero) para “3” (três) - ainda muito aquém do nível considerado normal. Sua privação de oxigênio fora de tal monta que, apesar de reavivada, as sequelas neurológicas sofridas são além de graves, permanentes.

E é com essa realidade que a lesada e seus familiares convivem desde o evento danoso.

Resumindo, Vandressa, hoje uma jovem de 19 anos, precisa da ajuda de seus pais para tudo, sendo incapaz de desenvolver qualquer atividade laboral e até mesmo de reger a própria vida, dependendo de terceiros para a satisfação de suas necessidades cotidianas (conforme perícia, fl. 214).

Demonstrada a responsabilidade do hospital pela inegável falha na prestação de serviço, dito próprio (disponibilizar médico plantonista no local), mister reconhecer o nexo causal entre este fato e o dano verificado.

Por pertinência ao caso, transcreve-se o magistério de Paulo de Tarso Viera Sanseverino, no sentido da diferenciação do dano decorrer do fato da internação ou da atividade médica, propriamente dita:

Na interpretação dos enunciados normativos do caput do art. 14 e do seu § 4º, é feita uma distinção entre os serviços tipicamente hospitalares “relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia)” e os serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam”. No primeiro caso, a responsabilidade dos hospitais é objetiva pelo risco da atividade, enquanto, na segunda hipótese, ela é subjetiva (culpa), seguindo o mesmo fundamento da responsabilidade civil dos médicos. [...] Assim, a verificação do fundamento da responsabilidade civil de hospital exige que se estabeleça a natureza do fato gerador dos danos sofridos pelo paciente. (Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2010, p.206).

Em circunstância menos grave (visto que havia médico plantonista disponibilizado pelo nosocômio), já decidiu este Grupo de Câmaras Cíveis, nos Embargos Infringentes n. 2012.058819-2, de Balneário Camboriú, relator Des. Eládio Torret Rocha, julgados em 13.02.2013, acerca da responsabilidade médico-hospitalar:

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MORTE DO FILHO DOS DEMANDANTES, EM VIRTUDE DE PARALISIA CEREBRAL, NA VÉSPERA DE COMPLETAR 04 (QUATRO) ANOS DE IDADE. ARCABOUÇO PROBATÓRIO DOCUMENTAL QUE DEMONSTRA, ESTREME DE DÚVIDA, A CULPA DO HOSPITAL E DO MÉDICO PELO ACOMETIMENTO DA DOENÇA. INEXISTÊNCIA DE AMÍUDE MONITORAMENTO, PELO MÉDICO, DA PARTURIENTE E DO FETO DESDE A INTERNAÇÃO ATÉ O PARTO. AUSÊNCIA DE PERQUIRIZAÇÃO, PELO OBSTETRA, A RESPEITO DA

NECESSIDADE E CONVENIÊNCIA DO PARTO CESÁRIO. PARTURIÇÃO QUE SE REVELOU TRAUMÁTICA, CULMINANDO NA DISTOCIA DE CLAVÍCULA DO FETO, NO PROLONGAMENTO DO ATO MÉDICO E NO ACOMETIMENTO DE SÍNDROME HIPÓXICO-ISQUÊMICA POR ELE, O QUE RENDEU ENSEJO À PARALISIA CEREBRAL. DEMANDADOS QUE NÃO SE DESINCUMBIRAM, DA FORMA QUE SE LHES COMPETIA, DO ÔNUS DE PROVAR A NÃO CULPABILIDADE PELO EVENTO DANOSO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA POR FORÇA DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. ERRO MÉDICO CONFIGURADO. ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. EXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. PRECEDENTES DA CORTE. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Revela culpa, por imperícia e negligência, caracterizadora de ilícito civil, a indesculpável sucessão de erros na condução dos procedimentos médico-hospitalares de parturição, os quais agravaram o risco próprio do nascimento e que, lamentavelmente, implicaram no prolongamento despropositado da expulsão do feto do útero materno e no acometimento, pelo neonato, de síndrome hipóxico-isquêmica, a qual consubstanciou, ao fim e ao cabo, a causa eficiente para o desenvolvimento, por ele, de paralisia cerebral, até a sua precoce e trágica morte antes que completasse 04 (quatro) anos de idade.

2. A repartição do ônus da prova, na ação de reparação civil em virtude de erro médico-hospitalar, foge ao regramento genérico defluente do art. 333 do Código de Processo Civil, incumbindo ao profissional e ao nosocômio, por força da inversão do ônus da prova que rege as relações de consumo e do princípio da carga dinâmica da prova, demonstrar a não culpabilidade pelo evento danoso.

A jurisprudência nacional não se afasta dessa trilha, a saber:

1) Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial n. 1173058/DF, relator Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 01.02.2012:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. OMISSÃO DE SOCORRO E IMPERÍCIA NA REALIZAÇÃO DE PARTO. LESÕES FÍSICAS E NEUROLÓGICAS IRREVERSÍVEIS NA CRIANÇA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONCLUIU PELA

FALHA DO SERVIÇO HOSPITALAR E PELA CULPA PRÓPRIA DO HOSPITAL. SÚMULAS 283/STF E 7/STJ. VALOR DA INDENIZAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO VERIFICADO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. O fundamento do acórdão recorrido, qual seja, o fato de haver negligência do hospital em acionar plantonista e enfermeira obstétrica diante da situação de emergência não foi rebatido nas razões do especial, atraindo a incidência da Súmula 283 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

2. Entender de maneira diversa, pela ausência de culpa própria do hospital - cuja conduta implicou omissão de socorro -, demanda o revolvimento de todo o suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 desta Corte: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

[...]

4. Recurso especial não conhecido.

2) Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial n.1145728/MG, relator Min. João Otávio de Noronha, relator p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 08.09.2011:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL POR ERRO MÉDICO E POR DEFEITO NO SERVIÇO. SÚMULA 7 DO STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 334 E 335 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. REDIMENSIONAMENTO DO VALOR FIXADO PARA PENSÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA DECISÃO QUE FIXOU O VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada:

(i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do pacien-

te, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, caput, do CDC);

[...]

(iii); e (b) a falha na prestação dos serviços relativos ao atendimento hospitalar, haja vista a ausência de vaga no CTI e a espera de mais de uma hora, agravando consideravelmente o estado da recém-nascida, evento encartado no subitem (i).

[...]

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido, apenas para determinar a incidência da correção monetária a partir da fixação do valor da indenização. Sucumbência mínima da recorrida, razão pela qual se preserva a condenação aos ônus sucumbenciais fixada pelo Tribunal.

3) Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Apelação Cível n. 2007.007146-4, de Joaçaba, relatora Desa. Denise Volpato, Primeira Câmara de Direito Civil, julgada em 08.05.2012:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. MORTE DE RECÉM-NASCIDO EM PARTO ANORMAL (POSIÇÃO VERTICAL DA PARTURIENTE). DESAMPARO DURANTE O PARTO, REALIZADO POR APENAS DUAS ENFERMEIRAS. INÚMEROS ALERTAS DE DORES E DILATAÇÃO DA PARTURIENTE INDICANDO A PROXIMIDADE DO PARTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE CHAMAR UM MÉDICO PARA O PRONTO ATENDIMENTO EMERGENCIAL. SOFRIMENTO FETAL AGUDO. FALCIMENTO DA CRIANÇA DECORRENTE DAS COMPLICAÇÕES DURANTE O PARTO. ACOMPANHAMENTO PRÉ-NATAL QUE INDICA A INEXISTÊNCIA DE PROBLEMAS DE SAÚDE DO NASCITURO DURANTE A GESTAÇÃO. CULPA DAS ENFERMEIRAS CONFIGURADA NAS MODALIDADES IMPERÍCIA E NEGLIGÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL POR ATO CULPOSO DE SEUS PREPOSTOS. COEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. DEVER INDENIZATÓRIO EVIDENCIADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO DE FORMA COMEDIDA, PORQUE OBSERVADAS AS CONDIÇÕES FINANCEIRAS DAS PARTES. CA-

RÁTER INIBIDOR E PEDAGÓGICO E APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE QUE INIBEM A REDUÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA. RECURSO DO HOSPITAL DESPROVIDO.

[...] (sem grifo no original).

4) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte - Apelação Cível n. 2008.004275-8, relator Des. Vivaldo Pinheiro, Primeira Câmara Cível, julgada em 06.10.2008:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. CDC. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE POSITIVO. PRELIMINAR TRANSFERIDA AO MÉRITO. AÇÃO ORDINÁRIA DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. SENTENÇA. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 165 E 458 DO CPC E ART. 93, IX DA CF DIÁLOGO DAS FONTES. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO APELADO NÃO DEMONSTRADA, SEJA PELO ACOMPANHAMENTO DO PRÉ-NATAL, SEJA PELA REALIZAÇÃO DO PARTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL APELADO DEVIDAMENTE CARACTERIZADA. **AUSÊNCIA DE MÉDICO OBSTETRA NO MOMENTO DO PARTO. ENCEFALOPATIA CRÔNICA NÃO PROGRESSIVA. HIPOXIA CEREBRAL PERINATAL. FALTA DE OXIGENAÇÃO DO CÉREBRO DO NASCITURO. DEMORA DA RETIRADA OU AUSÊNCIA DE MÉDICO ESPECIALISTA.** AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXCLUDENTE DO DEVER DE INDENIZAR. TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA. DEMONSTRAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRECEDENTE DO STJ. JUROS MORATÓRIOS. DATA DO EVENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DO PREJUÍZO EFETIVO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

2. Da responsabilidade da médica obstetra

No que concerne à discussão sobre a responsabilidade da obstetra, um aprofundamento maior faz-se necessário.

Doutrina Gustavo Tepedino acerca da responsabilidade médica:

A responsabilidade médica é subjetiva, definida pelo artigo 951 do Código Civil, que expressamente se refere ao dano decorrente de imprudência, imperícia ou negligência, e mantida pela Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, o

Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 14, § 4º, em exceção à regra geral da responsabilidade objetiva introduzida nas relações de consumo, determina que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. (*A Responsabilidade Médica na Experiência Brasileira Contemporânea*. In.: Revista Jurídica. Ano 51, n. 311- Setembro de 2003. Porto alegre: Editora Notadez informação Ltda., p. 20).

Note-se que no caso do médico a tradicional distinção entre responsabilidade extracontratual e negocial tem pouca efetividade prática, pois em que pese ser hoje patente a prevalência desta última, trata-se de obrigação, em regra, de meio e não de resultado, ou seja, limitada à exigência de que o profissional da medicina envide todos os esforços para acertadamente realizar um bom diagnóstico, procedimento médico ou tratamento das enfermidades, ainda que o fim alcançado não se conforme ao colimado. Ou seja, não demonstrada conduta culposa, o simples fato de não ter sido alcançado o resultado pretendido é insuficiente para o nascimento da obrigação ressarcitória.

A obrigação indenizatória do profissional da medicina é, portanto, fundamentada na culpa, especificamente em suas modalidades negligência, imprudência ou imperícia.

Partindo-se, então, dessa premissa básica, tem-se que ausente no comportamento da obstetra do hospital demandado a conduta culposa.

Explica-se.

A despeito de ter acompanhado o pré-natal da autora, por se tratar de paciente do SUS, é cediço que o parto, propriamente dito, acaba sendo realizado pelo obstetra de plantão na ocasião da internação hospitalar. Ainda que assim não fosse, exsurge indubitável dos autos que a Dra. Alice não fora chamada em sua residência, senão às 5 h do dia 26.06.95, quando prontamente deslocou-se ao nosocômio em socorro da parturiente.

Isso porque, segundo a **política abertamente defendida pelo hospital** (sobretudo por ser cidade pequena do interior), nada obsta que

o exame preliminar (diga-se, internação) e todo o acompanhamento do trabalho de parto seja feito exclusivamente por parteira (sem a supervisão de um médico), que, **se assim entender**, pode realizar o próprio parto ou, **julgando** necessário, exerce a prerrogativa de chamar a obstetra.

De outro vértice, razão assiste aos embargantes quando reclamam que a médica não possui o dom da onipresença e da onisciência, não podendo por isso ser responsabilizada pela negligência da parteira e seus auxiliares na condução do trabalho de parto da paciente, uma vez ausente do nosocômio na madrugada dos fatos.

Tal circunstância vulnera o fundamento do voto vencedor, no sentido de que a equipe de enfermagem e a parteira submetem-se à direção do médico obstetra durante os procedimentos do parto, sendo dele a obrigação de fiscalizar o trabalho de todos os envolvidos no processo, destacadamente no que concerne ao correto preenchimento do partograma (acompanhamento periódico da mãe e seu feto). Por mais escorreito que seja, o raciocínio não pode ser aplicado à hipótese, sob pena de irremediável injustiça. A obstetra não se encontrava presente na maternidade (e não tinha a obrigação legal de lá estar), tampouco se pode afirmar que a parteira ou os auxiliares de enfermagem sejam, nos termos do artigo 1521, III, do CC/16, considerados seus empregados ou prepostos, porque claramente contratados pelo hospital.

Nesse sentido, seguem os precedentes deste Tribunal de Justiça:

1) Apelação Cível n. 2008.081973-3, de Videira, relator Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, julgada em 28.11.2013:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGADO ABALO PSICOLÓGICO DECORRENTE DA REALIZAÇÃO DE PARTO REPENTINO EM AMBIENTE INAPROPRIADO E SEM ACOMPANHAMENTO MÉDICO. SALA HOSPITALAR DE PRIMEIROS ATENDIMENTOS.

[...]

DANOS MORAIS. PARTO. OMISSÃO DA MÉDICA OBSTETRA. SUPPOSTO DIAGNÓSTICO EQUIVOCADO DA RÉ E DESCASO COM A SITUAÇÃO DA AUTORA. PROCEDIMENTO ACOMPANHADO PELO MARIDO DA AUTORA, DUAS ENFERMEIRAS E, POSTERIORMENTE, PELO MÉDICO PLANTONISTA. DANO E NEXO DE CAUSALIDADE INDEMONSTRADOS. SINTOMAS DA REQUERENTE QUE NÃO EVIDENCIARAM O INÍCIO DO PROCEDIMENTO DE TRABALHO DE PARTO NO PRIMEIRO ATENDIMENTO. QUADRO CLÍNICO COM DESENVOLVIMENTO ATÍPICO ENTRE O ATENDIMENTO INICIAL E O RETORNO DA PACIENTE AO HOSPITAL. NASCIMENTO OCORRIDO ENTRE O CURTO PERÍODO DO CONTATO TELEFÔNICO COM A MÉDICA DE SOBREAVISO E O SEU COMPARECIMENTO AO NOSOCÔMIO. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO.

Não configura omissão, para fins de responsabilidade civil, o ato da médica que, num primeiro atendimento, diante dos sintomas clínicos apresentados, recomenda o retorno da paciente ao seu lar, e esta, posteriormente, diante do desenvolvimento repentino das condições médicas, entra em trabalho de parto cerca de três horas após o primeiro atendimento.

A evolução atípica do quadro clínico da parturiente, que ao retornar ao nosocômio, após três horas do atendimento inicial, tem o seu filho, sem os cuidados da médica que a acompanhou durante a sua gravidez e em sala de pré-atendimento, não enseja a reparação por danos anímicos, especialmente, quando:

- (a) a médica de sobreaviso repassa os primeiros cuidados, por telefone, à equipe médica de plantão, enquanto se desloca ao hospital, inclusive chegando em tempo para finalizar o parto; e,
- (b) havia, no hospital, médico plantonista para lhe prestar o auxílio necessário no transcorrer do parto, aliado ao fato de o parto ocorrer sem intercorrências, com a mãe e o recém-nascido gozando de plena saúde e obtendo alta hospitalar, em boas condições, no dia subsequente.

[...]

Recursos improvidos.

2) Apelação Cível n. 2010.017634-8, de Curitiba, deste relator, Sexta Câmara de Direito Civil, julgada em 10.05.2012:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA PACIENTE E SEU NEONATO. ADOLESCENTE QUE, EMBORA TENHA APRESENTADO BOA EVOLUÇÃO DO TRABALHO DE PARTO, NÃO COLABORA COM A EQUIPE MÉDICA NO PERÍODO EXPULSIVO, OBRIGANDO O USO DE FÓRCEPS PROFILÁTICO, PELO RISCO QUE A DEMORA REPRESENTAVA PARA O NASCITURO. RECÉM NASCIDO QUE ENFRENTOU PARADA CARDIORRESPIRATÓRIA, TENDO RECEBIDO DIAGNÓSTICO DE ANOXIA NEONATAL (AUSÊNCIA DE OXIGENAÇÃO DO CÉREBRO). PRESENÇA DE SEQUELAS NEUROLÓGICAS. PERÍCIA QUE AFIRMA NÃO SER POSSÍVEL RELACIONAR NECESSARIAMENTE O QUADRO DA CRIANÇA COM O USO DO FÓRCEPS. CONDUTA DO OBSTETRA E DA EQUIPE DE ENFERMAGEM DO HOSPITAL DENTRO DO RECOMENDADO PELA LITERATURA ESPECIALIZADA E EM CONSONÂNCIA COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. INOCORRÊNCIA DE CONDUTA CULPOSA OU DE FALHA NO SERVIÇO HOSPITALAR. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROFISSIONAL E OBJETIVA DO NOSOCÔMIO DEMANDADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (sem grifo no original).

3) Apelação Cível n. 2010.012777-8, de Itajaí, relator Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, julgada em 16.02.2012:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL E RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. [...]. CDC. INCIDÊNCIA. RESPONSABILIDADE DO MÉDICO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. PERQUIRIZAÇÃO DA CULPA. - SUPOSTO EQUÍVOCO NA CONSTATAÇÃO DO SEXO DO BEBÊ. AUSÊNCIA DE PROVAS NESSE SENTIDO. - OMISSÃO NO DIAGNÓSTICO DE ENFERMIDADE. GASTROSQUISE. RISCO NO PARTO. NEGLIGÊNCIA DESCARACTERIZADA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE ATESTAM A COR-

REÇÃO DO PROCEDIMENTO MÉDICO. - SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

- Incidem os rigores do Código de Defesa do Consumidor às relações, tidas por contratuais, médico-paciente. A responsabilidade do profissional, todavia, é apurável mediante a verificação de culpa, exceção à regra da responsabilidade objetiva.

- A ausência de prova quanto a suposta negligência ou desídia dos réus, profissionais da medicina, no que toca à determinação do sexo do nascituro impede a caracterização da responsabilidade civil.

- Uma vez constatado pelos elementos probatórios que a gestante tinha conhecimento da enfermidade que acometia seu filho, ainda na fase intrauterina, e tomadas as devidas cautelas para que o nascimento ocorresse em segurança, não há falar em negligência dos médicos, o que afasta o dever de indenizar. (sem grifo no original).

4) Apelação Cível n. 2006.014570-4, de Tubarão, relator Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, julgada em 03.04.2007:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO - GESTANTE - ACOMPANHAMENTO PRÉ-NATAL - INTERNAÇÃO HOSPITALAR - NATIMORTO - PARTO NORMAL PARA EXPULSÃO DO FETO - AGRAVAMENTO DO QUADRO CLÍNICO - MORTE DA PARTURIENTE DIAS APÓS O PROCEDIMENTO - RESPONSABILIDADE DOS MÉDICOS E DO HOSPITAL - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - INSURGIMENTO RECURSAL - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE AFASTA A POSSIBILIDADE DE CULPA NOS PROCEDIMENTOS ADOTADOS - OBRIGAÇÃO MEIO, NÃO DE RESULTADO - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA - ART. 1.545 DO CC/16 - PERÍCIA CONCLUDENTE - SERVIÇOS MÉDICOS ADEQUADOS - DEMONSTRAÇÃO DE CONDIÇÕES TÉCNICA E HUMANAS DO NOSOCÔMIO - INEXISTÊNCIA DE CULPA POR PARTE DOS MÉDICOS OU DA INSTITUIÇÃO HOSPITALAR - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

A natureza contratual da responsabilidade médica tem como objeto a obrigação de meio e não de resultado, posto que não há reconhecer a inadimplência do médico só pelo fato de não obter a cura do doente.

Para que se configure o ato ilícito autorizador da indenização deve ficar provado que o agente agiu com imprudência, negligência ou imperícia, permitindo, com isso, imputar culpa ao profissional, consoante infere-se do art. 1.545 do antigo Código Civil, vigente à época dos fatos, como também a instituição hospitalar no qual estava vinculado.

A responsabilização médica fica desautorizada quando o conjunto probatório é capaz de revelar que a doença que levou o paciente ao óbito não se relaciona com os procedimentos adotados pelos profissionais que a acompanharam, considerados adequados para o quadro apresentado. Nesse passo, afastada, também, a responsabilização do nosocômio que, comprovadamente, ofereceu condições técnicas e humanas para a realização dos atos médicos. (sem grifo no original).

Ora, restando assentado nos autos que, chamada nas primeiras horas da manhã do dia 26.06.1995, a médica obstetra dirigiu-se imediatamente ao nosocômio, realizando a cesariana tão logo anestesiada a paciente, não se pode cogitar de omissão de socorro de sua parte, ou ainda de negligência, imprudência ou imperícia.

Faltando além da caracterização de conduta culposa da médica o necessário nexos de sua atuação com o dano experimentado por Vandressa e seus pais, ao contrário do que ocorre com o ente hospitalar, mister afastar a solidariedade imposta à profissional pelo acórdão embargado.

A partir dessa conclusão, a improcedência da ação em relação à médica obstetra é medida que se impõe, condenando-se os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), suspensa a exigibilidade em virtude do benefício da gratuidade concedido.

Sendo essas as considerações devidas, dá-se parcial provimento aos embargos infringentes para afastar a responsabilidade da médica obstetra, mantendo-se a condenação do hospital nos exatos termos do acórdão impugnado.

Esse é o voto.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Domingos Paludo

Ementa Aditiva

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS C/C DANOS MORAIS.

RESPONSABILIDADE MÉDICO-HOSPITALAR. SOFRIMENTO FETAL OCORRIDO DEVIDO AO ATRASO PARA INICIAR O TRABALHO DE PARTO, ACARRETANDO DANOS NEUROLÓGICOS À RECÉM-NASCIDA. PLEITO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS À LESADA E SEUS PAIS.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL, CONFORME ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

CONDUTA NEGLIGENTE DA MÉDICA RESPONSÁVEL QUE, POR AUSENTE, PERMITIU QUE A “PARTEIRA”, PESSOA SEM CONHECIMENTO TÉCNICO, REALIZASSE O DIAGNÓSTICO E A ANÁLISE DE QUAL SERIA O MOMENTO CORRETO PARA EFETUAR O PARTO.

RECURSO DESPROVIDO.

Com o devido respeito aos fundamentos expostos no voto do Eminentíssimo Des. Relator, que defende que não restou caracterizada uma conduta culposa por parte da médica, entendo que ficou configurada sim a sua negligência em relação à Embargada.

Foi devidamente comprovado nos autos que a paciente chegou ao hospital por volta das 11 horas da noite e que, após uma breve análise do seu estado pela “parteira”, com a verificação de alguns sinais, foi deixada em um quarto até às 5 da manhã, impedida de ficar acompanhada do marido. Que apesar de a Embargada estar sofrendo dores atroz, a parteira negou-se a chamar a médica que acompanhou a gravidez e deveria acompanhar o parto, sendo que o atraso na realização deste causou à criança Sofrimento Fetal Agudo (SFA) e conseqüente grave deficiência neurológica.

Destaco que a parteira estava em posição hierarquicamente inferior à médica. Assim, é impensável que aquela tomara o controle do

atendimento se essa não a tivesse autorizado a fazê-lo. É evidente que seus atos refletem a orientação que recebeu da médica de que poderia cuidar das gestantes em trabalho de parto.

Prova disso é que a “parteira” deixou de contatar a médica quando da chegada da Embargada ao hospital, o que demonstra que foi concedido à mesma a discricionariedade de verificar as condições da paciente e chamar a profissional de saúde ou não. Se a médica por comodidade permitiu que a análise da gravidade do caso fosse feita pela “parteira”, agiu com negligência, e por óbvio que deve ser responsabilizada quando essa última errou o “diagnóstico”, atrasando o parto a ponto de causar consequências irreversíveis ao feto.

Conforme foi bem destacado pela Des. Denise Volpato em seu voto: *“Se houve a assunção da posição de condutora principal do parto pela “parteira” profissional sob a supervisão da requerida (e que supostamente falou que ligaria para a médica em último caso, pois a profissional não gostava de ser incomodada à noite) – essa circunstância é, certamente, de responsabilidade da requerida Alice V. Z. Dal Molin.”*(fl.402)

Portanto a Embargante, ao autorizar e permitir que a “parteira” realizasse o diagnóstico e a análise de qual seria o momento correto para efetuar o parto, transferiu para outrem uma incumbência que era sua e, assim, agiu de forma culposa, pois é negligente aquele que “não faz o que deveria fazer” (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil – Obrigações. Responsabilidade Civil São Paulo: Saraiva, 2012, 5 ed., p.322).

A verdade é que, em relação ao diagnóstico do momento correto para a realização do parto, a médica se fez substituir pela “parteira”. E Arnaldo Rizzardo explica que tem responsabilidade por fato de outrem o médico que se fez substituir, como segue:

6. Responsabilidade por fato de outrem (...)

É natural que responda o médico por fato próprio. Quanto à responsabilidade por fato de outrem, ocorre unicamente se o médico se fez substituir, ou se ele formou uma equipe para acompanhá-lo em sua atividade. Arca com as decorrências das vicissitudes causadas pelo profissional que colocou a atuar em seu lugar, ou que chamou para auxiliá-lo. Não interessa que não figure o substituto como preposto. Apurada uma situação que importe em culpa, e no caso culpa *in eligendo*, cabe a indenização contra médico contratado, a quem se faculta denunciar para a lide o substituto. (grifo nosso) (RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.335)

Ressalto ainda que, dada a aplicabilidade da inversão do ônus da prova em favor da consumidora/paciente, cabia à médica a comprovação de que não agiu com culpa (do tipo negligência), conforme explica a doutrina:

Os médicos liberais respondem civilmente pelos danos inflingidos à integridade física ou moral e à saúde, ou pelo falecimento de seus pacientes, se decorrentes de sua imperícia. (...) **A prova do dolo ou imperícia cabe, em regra, à vítima, mas, em vista da crescente complexidade da matéria e, em atenção ao princípio da indenidade, deve o juiz determinar a inversão do ônus probatório com base na lei de tutela dos consumidores (CDC, art.6º, VIII) sempre que verossímil a alegação apresentada (...). Nesse caso, não será exigido da vítima provar a culpa do médico que a atendeu, mas deste demonstrar que se conduziu exatamente como recomenda a medicina.** (COELHO, Fábio Ulhoa. Obra citada, p.339/340)(grifo nosso)

Portanto, verifico que a negligência da médica fica configurada na medida em que, por ser hierarquicamente superior à “parteira”, e possuir sobre ela determinados comando e direção, permitiu que a mesma realizasse o diagnóstico sobre a necessidade de realização do parto, o que era de sua responsabilidade.

Foi esse seu “desleixo” que permitiu que pessoa sem conhecimento técnico fizesse tal análise, o que violou o direito da Embargada de acompanhamento do processo de nascimento por um médico especializado, provocou o atraso no parto e causou os danos à filha da Embargada, de

forma que a médica não pode eximir-se de sua responsabilidade pelo ocorrido, alegando simplesmente que não estava presente no hospital.

Ante o exposto, divergi das razões do Eminentíssimo Des. Relator, e votei pelo desprovimento dos embargos infringentes.

Este é o voto.

Florianópolis, 13 de agosto de 2014.

Domingos Paludo
DESEMBARGADOR

Declaração de voto vencido da Exma. Sra. Des. Denise Volpato

Entendo ser cabível a condenação da embargante Alice Vanesca Zomer Dal Molin ao pagamento de indenização moral aos autores, conforme os fundamentos por mim externados no voto de fls. 397/404, ao julgar o recurso de Apelação Cível n. 2009.023378-5.

Dirijo, pois, da douta maioria dos membros do Grupo de Câmaras de Direito Civil, votando pelo integral desprovimento dos infringentes.

Florianópolis, 20 de agosto de 2014.

Denise Volpato

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 2011.040675-6, de Itajaí

Relator: Des. Raulino Jacó Brüning

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. **1.** ALEGADA NULIDADE DE PORÇÃO DA DECISÃO QUE JULGOU EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA, QUE PODE SER DECRETADA DE OFÍCIO, EM QUALQUER TEMPO E GRAU DE JURISDIÇÃO. INOCORRÊNCIA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. **2.** PLEITO BUSCANDO AUMENTAR A CLÁUSULA PENAL PARA 10% (DEZ POR CENTO). CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NO VALOR DE R\$ 22.321,65 (VINTE E DOIS MIL, TREZENTOS E VINTE E UM REAIS E SESSENTA E CINCO CENTAVOS), FIRMADO EM 2007. NÃO CABIMENTO. **3.** TERRENO NÃO EDIFICADO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE ACARRETA IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE CLÁUSULA PENAL COM PERDAS E DANOS, SOB PENA DE CONFIGURAÇÃO DE ONEROSIDADE EXCESSIVA. **4.** PLEITO PARA NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE VALORES QUE SERÃO DEVOLVIDOS À COMPRADORA. SUBSISTÊNCIA. ÔNUS ATRIBUÍVEL AO CONTRAENTE INADIMPLENTE. ARTIGO 389 DO CÓDIGO CIVIL. MONTANTE A SER ATUALIZADO SOMENTE POR ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. **5.** RECURSO CONHECIDO E EM PARTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.040675-6, da Comarca de Itajaí (1ª Vara Cível), em que é apelante O. C. Bittencourt Empreendimentos Imobiliários Ltda. e apelada Luciana Machado do Carmo:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, a fim de excluir a in-

cidência de juros de mora sobre os valores que devem ser restituídos à demandada. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 02 de outubro de 2014, foi presido por este relator e dele participaram os Desembargadores Sebastião Cesar Evangelista e Domingos Paludo.

Florianópolis, 02 de outubro de 2014.

Raulino Jacó Brüning
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Adoto o relatório da r. sentença de fls. 56/65, da lavra do Magistrado Osvaldo João Ranzi, por refletir fielmente o contido no presente feito, *in verbis*:

O. C. BITTENCOURT EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., aforou a presente AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATUAL e LIQUIDAÇÃO DE CONTRATO C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE e INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS contra LUCIANA MACHADO DO CARMO, qualificadas na inicial, aduzindo, em suma, que, em data de 21.04.2007, firmou um contrato de Compromisso de Compra e Venda com a requerida, relativo ao imóvel descrito na inicial, pelo valor de R\$ 27.350,40 (vinte e sete mil e trezentos e cinquenta reais e quarenta centavos), a ser pago em 96 parcelas de R\$ 284,90 (duzentos e oitenta e quatro reais e noventa centavos), com vencimento da primeira parcela em 15.07.2007.

Sustentou que a ré encontra-se inadimplente desde a parcela 24/96, e que, embora tenha sido notificada extrajudicialmente, manteve-se letárgica.

Requeru a procedência do pedido, para declarar rescindido o contrato; a reintegração de posse; a condenação em perdas e danos em razão da inadimplência da ré e o pagamento dos aluguéis pelo tempo de ocupação do imóvel; a condenação da requerida ao pagamento da multa contratual penal em 10% do valor do contrato; a inclusão de eventuais débitos referentes a IPTU e às contas de consumo de água, esgoto e energia.

Valorou a causa.

Juntou documentos.

Regularmente citada, a ré deixou fluir in albis o prazo para resposta.

Acresço que o Togado *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos e, por consequência, rescindiu o contrato, em vista da mora 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.

Com a advinda de embargos de declaração, o Juiz retificou a sentença, passando a constar da parte dispositiva os seguintes termos:

Por tais razões, o dispositivo da sentença passa a ter a seguinte redação:

“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 perder a importância paga a título de sinal do negócio, bem assim ao pagamento da pena convencional, a qual fixo em 5% do valor total do contrato, acrescida de correção monetária pelo INPC, a contar do ajuizamento da ação, mais juros de mora de 12% a.a., a partir da citação.

De outro vértice, determino a restituição em favor da parte requerida do montante referente às parcelas pagas, com atualização monetária pelo INPC 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 em dinheiro.

Declaro nulo o parágrafo único da cláusula décima terceira, que veda o direito do adquirente às benfeitorias, bem assim reconheço a nulidade dos parágrafos terceiro e quarto da cláusula nona, referente à indenização a título de aluguéis.

Do valor do débito apurado, deve ser deduzida a importância a ser restituída ao requerido, acrescida do montante a título de ressarcimento das benfeitorias, feita a devida compensação, de tudo a ser auferido em liquidação de sentença por arbitramento.

Nos termos do artigo 21, do CPC, uma vez que cada um dos litigantes foi em parte vencedor e vencido, condeno-os ao pagamento das custas processuais pro rata.

Condeno, ainda, o réu ao pagamento de honorários advocatícios, estes à razão de 15% (quinze por cento) sobre o montante de sua derrota, atento ao disposto no art. 20, § 3º, alíneas a, b, e c, do CPC.

Inconformada com a prestação jurisdicional entregue, a autora interpõe recurso de apelação, argumentando: a) nulidade da sentença, face à *reformatio in pejus* decorrente do julgamento dos embargos de declaração; b) legalidade de cláusula penal de 10% (dez por cento), contratualmente estabelecida; c) possibilidade de cobrança simultânea de indenização por perdas e danos na forma de aluguel e multa contratual; e d) inaplicabilidade de juros sobre valores que deverão ser restituídos à compradora. (fls. 66/97)

É o relatório.

VOTO

O recurso deve ser conhecido, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade, notadamente a tempestividade (fl. 99) e o preparo (fl. 98).

1. Nulidade da sentença: *reformatio in pejus* dos embargos de declaração

Pretende a autora o reconhecimento de que, ao julgar os aclaratórios, o Togado reformou a decisão de modo a retirar direito a perdas e danos que até então havia sido concedido. Segundo seu pensar, isso configurou *reformatio in pejus*.

Neste ponto, divergi do Colegiado, de modo que a posição majoritária acolheu as oportunas admoestações do Des. Domingos Paludo, nos seguintes termos:

Referida nulidade, contudo, não ocorre.

O Juízo, ao receber os embargos, verificou que a apelante pretendia, com base nas cláusulas do contrato que celebrou com a apelada (fls. 16/23), a cumulação da multa contratual e de perdas e danos, em evidente prejuízo aos direitos da consumidora, razão pela qual declarou a nulidade dos §§ 3º e 4º da cláusula nona do contrato, que estabeleciam os aluguéis pelo uso do lote em caso de rescisão.

Cláusulas abusivas, que colocam o consumidor em desvantagem exagerada – sobremaneira quando consideradas dentro de contrato de adesão –, são nulas de pleno direito, a teor do que dispõe o art. 51, inc. IV, do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se, pois, de matéria de ordem pública, passível de ser decretada de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Nesse sentido ensina Rizzatto Nunes:

Como a cláusula abusiva é nula, tem de ser destituída de validade e efeito já antes do pronunciamento judicial. Não há por que aguardar que se busque a declaração de algo que de fato já é. Por isso que o efeito da decisão judicial é *ex tunc*, uma vez que nela se reconhece a nulidade existente desde o fechamento do negócio. E, aliás, **dada a característica da nulidade e a**

contrariedade da cláusula abusiva à Lei n. 8.078, que é de ordem pública e interesse social, o magistrado tem o dever de se pronunciar de ofício.

Mesmo que a parte – isto é, seu advogado – não alegue a nulidade, é dever do juiz declará-la por ato *ex officio* (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 658).

Portanto, tratando-se de matéria de ordem pública, não há que se falar em *reformatio in pejus*, a teor do entendimento remansoso na jurisprudência do STJ:

Tratando-se de matéria de ordem pública, esta pode ser revista a qualquer tempo, de ofício, mesmo em sede de recurso especial, desde que prequestionada. Precedentes (AgRg no AgRg no REsp 1242478/PR, Min. Og Fernandes, j. 27-8-2013, grifamos).

E também:

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, **não se cogita a ocorrência de reformatio in pejus quando a alteração da sentença, em sede de remessa necessária ou recurso voluntário, se dá em razão de matéria de ordem pública** (AgRg no REsp 1261397/MA, Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 20-9-2012)

Ou ainda:

Os juros de mora constituem **matéria de ordem pública** e a alteração de seu termo inicial, de ofício, **não configura reformatio in pejus** (STJ, AgRg no REsp n. 1086197/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28-6-2011, grifamos).

Assim, entendo que não há qualquer nulidade na sentença proferida nos Embargos de Declaração, que merece ser mantida incólume.

Mantida, portanto, a decisão que julgou os Embargos de Declaração tal qual lançada.

Deixo de expor as razões da divergência, uma vez que, sem a reforma da sentença, não têm cabimento Embargos Infringentes.

2. Índice da multa contratual

Pugna a demandante pela legalidade de multa penal de 10% (dez por cento), estabelecida na cláusula oitava do contrato. (fl. 20)

Sem razão.

Dessume-se dos autos que, em 21 de abril de 2007, as partes firmaram contrato de compra e venda de lote com área de 200m² (duzentos metros quadrados), pelo valor de R\$22.321,65 (vinte e dois mil trezentos e vinte e um reais e sessenta e cinco centavos). (contrato, fls. 16/23)

Acordou-se pagamento através de arras de R\$1.260,00 (mil duzentos e sessenta reais) e o saldo em 96 (noventa e seis) parcelas, com valor inicial de R\$284,90 (duzentos e oitenta e quatro reais e noventa centavos). A compradora quitou 23 (vinte e três) parcelas, de sorte que, ante a falta de adimplemento, a vendedora notificou-a, constituindo-a em mora. (fls. 33/36)

Reconhecendo essa situação, o Juízo *a quo* rescindiu o contrato, mas reduziu a cláusula penal de 10% (dez por cento) para 5% (cinco por cento).

Fixada a culpa da ré 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.

De outro norte, 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, 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.

No caso, verifica-se que a multa contratual foi fixada sem razoabilidade, pois corresponde a 10% (dez por cento) do valor total do contrato (R\$22.321,65 – vinte e dois mil trezentos e vinte e um reais e sessenta e cinco centavos), leia-se:

CLÁUSULA OITAVA – A multa contratual penal é fixada em 10% do valor do contrato, conforme limite previsto na Lei do Parcelamento do Solo. (fl. 20)

Esse índice, no caso em análise, se revela exorbitante.

A jurisprudência desta Casa assim se posiciona:

RESCISÃO CONTRATUAL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DAS PARTES. PRELIMINARES. JULGAMENTO EXTRA PETITA. REDUÇÃO DA CLÁUSULA PENAL AUTORIZADA POR LEI, INDEPENDENTE DE PEDIDO DA PARTE ADVERSA (ART. 413 DO CC). NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. AFASTAMENTO. MORA CONFIGURADA DESDE O INADIMPLEMENTO NO RESPECTIVO TERMO (MORA EX RE). INTELIGÊNCIA DO ART. 397 DO CC. SUPRIMENTO PELA REALIZAÇÃO DE CITAÇÃO VÁLIDA, OPORTUNIDADE EM QUE ERA FACULTADA A QUITAÇÃO DO DÉBITO. MÉRITO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NÃO VERIFICADO. PAGAMENTO DE QUANTIA INFERIOR À METADE DO VALOR TOTAL DA OBRIGAÇÃO. APURAÇÃO DAS BENFEITORIAS EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA JÁ DETERMINADA PELO JUÍZO DE ORIGEM. RESTITUIÇÃO DO PATRIMÔNIO PELA ADQUIRENTE NO ESTADO EM QUE LHE FORA ENTREGUE. EXISTÊNCIA DE COMANDO NESSE SENTIDO NA DECISÃO IMPUGNADA, A TORNAR DESARRAZOADA A IRRESIGNAÇÃO DOS POSTULANTES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ELEVADOS. RECLAMO ACOLHIDO NESSE PONTO. RECURSOS CONHECIDOS, SENDO PARCIALMENTE PROVIDO O APELO DOS AUTORES E DESPROVIDO O DA RÉ. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.008411-9, de Joaçaba, rel. Des. Ronei Danielli, j. 30-09-2014)

Mantém-se a redução da multa efetivada pelo Juízo *a quo*.

3. Possibilidade de cumulação de cláusula penal e perdas e danos

A apelante pleiteia a cumulação de cláusula penal com indenização pelos prejuízos que sofreu.

Não merece provimento o reclamo.

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)

Verifica-se que, além da multa compensatória (cláusula oitava), os contratantes convencionaram o pagamento de perdas e danos à requerente, em vista da fruição do lote pela requerida:

CLÁUSULA NONA – [...].

Parágrafo Primeiro – [...]. Serão devidos também, em caso de rescisão do contrato, os aluguéis pela fruição do lote, para não configurar enriquecimento sem causa. (fl. 20)

Todavia, o caso dos autos apresenta situação excepcional, porquanto a ré não residia no imóvel. Na verdade, nem sequer se comprovou que lá exista edificação, porquanto o Juízo *a quo* precisou diligenciar a fim de localizar a demandada. Dessa forma, não há enriquecimento sem causa do comprador, sendo que o réu, além de receber a multa penal, restituir-se-á do imóvel valorizado.

A cumulação resultaria em onerosidade excessiva à requerida, o que é vedado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Tão somente em razão dessa particularidade é que, no caso em análise, não se vislumbra a possibilidade de cumular cláusula penal com perdas e danos pela fruição.

Em situações semelhantes, a jurisprudência desta Casa entende pela impossibilidade de cumulação:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - CONTRATOS - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE TERRENO - DESFAZIMENTO

DO NEGÓCIO - INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS POSTULADA PELO ADQUIRENTE - PROCEDÊNCIA NO JUÍZO A QUO - INCONFORMISMO DA RÉ/SUCESSORA DA VENDEDORA - [...] 2. COMPENSAÇÃO DE PERDAS E DANOS PELA FRUIÇÃO DO BEM - TERRENO DESTITUÍDO DE EDIFICAÇÃO - AUSÊNCIA DE CONCRETO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO ADQUIRENTE - INEXISTÊNCIA DE CULPA DO PROMISSÁRIO COMPRADOR - DEVER DE INDENIZAR INOCORRENTE - APELO IMPROVIDO. [...] 2. Inexistindo culpa do adquirente pela rescisão do negócio e não havendo concreto enriquecimento sem causa deste, inviável a compensação de perdas e danos pela presumida fruição de terreno sem qualquer edificação. (TJSC, Apelação Cível n. 2008.049583-2, de São José, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 25-10-2012)

Nesses termos, não se acolhe o ponto recursal.

4. Não incidência de juros sobre o montante a ser devolvido à compradora

Insurge-se a apelante contra a aplicação de juros de mora sobre o valor que terá que devolver à apelada em razão da rescisão do contrato de compra e venda.

Razão lhe assiste.

Conforme artigo 397, *caput*, do Código Civil, em mora está o inadimplente:

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Nesse sentido é a lição de Maria Helena Diniz:

Ter-se-á mora *ex re* se a mora do devedor decorrer de lei, resultando do próprio fato do descumprimento da obrigação, independentemente de provocação do credor, ante a aplicação da regra *dies interpellat pro homine* (RT, 664:125, 589:142; 226:179 e 228:200), ou seja, o termo interpela em lugar do credor, pois a *lex* ou o *dies* assumirão o papel de intimação. Ter-se-á mora *ex re* nas obrigações positivas e líquidas, não cumpridas no seu termo, constituindo-se

o devedor, imediatamente, em mora. (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 346)

No caso dos autos, a mora restou configurada por parte da compradora, a qual deixou de cumprir com suas obrigações ao não quitar parcelas do contrato, mesmo após ser notificada para que adimplisse a dívida (fls. 33/36).

Em situações assim, “*não há que se falar na necessidade de incidência de juros moratórios para o cálculo da devolução das parcelas do preço ao comprador culpado da rescisão, eis que não há qualquer inadimplemento desta obrigação por parte dos vendedores, devendo incidir sobre estas apenas a correção monetária*”. (Apelação Cível n. 2005.028286-5, de São Francisco do Sul, rel. Des. Subst. Henry Petry Junior, j. 14-7-2008)

Ainda, nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE ACOLHEU PARCIALMENTE A IMPUGNAÇÃO, RECONHECENDO O ALEGADO EXCESSO DE EXECUÇÃO. EXCLUSÃO DO VALOR DE R\$ 180,00 DA PLANILHA DE CÁLCULO APRESENTADA PELO EXEQUENTE. DECISÃO ACERTADA. VALOR LANÇADO INDEVIDAMENTE NO MONTANTE EXEQUENDO. SENTENÇA EXPLÍCITA EM DETERMINAR O REEMBOLSO DE R\$ 40.000,00, E, NÃO, DE R\$ 40.180,00. INVIABILIDADE DA INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS SOBRE O VALOR A SER RESTITUÍDO AO PROMITENTE COMPRADOR A CONTAR DO DESEMBOLSO. RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL DETERMINADA, JUSTAMENTE, EM RAZÃO DO SEU INADIMPLEMENTO. AUSÊNCIA DE MORA DO VENDEDOR. FATO QUE ADMITE A APLICAÇÃO DO ENCARGO SOMENTE APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. “O promitente comprador tem direito a devolução dos valores por si pagos, sobre os quais deve incidir apenas a correção monetária, a partir de cada desembolso, sendo incabível a aplicação de juros de mora, porquanto a rescisão contratual deu-se por seu inadimplemento” (Apelação Cível nº 2007.019622-3, de Balneário Camboriú, rel. Des. Eládio Torret Rocha, julgado em 02/04/2009). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.080159-8, de Itajaí, rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. 06-03-2014)

Em igual diapasão, confirmam-se os seguintes precedentes deste Tribunal: Apelação Cível n. 2010.040271-7, de Joinville, rel. Des. Fernando Carioni, j. 27-07-2010; e Apelação Cível n. 2010.050914-5, da Capital, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. 22-03-2012.

Considerando-se que os juros moratórios apenas são devidos por aquele que em mora estiver (nestes autos, a demandada), não incidem juros moratórios sobre o valor que será a ela devolvido. Aplica-se, exclusivamente, correção monetária, recompondo o desgaste que teve a moeda.

Nesses moldes, reforma-se a sentença para excluir a incidência de juros de mora sobre os valores que deverão ser devolvidos pela autora à ré.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, a fim de excluir a incidência de juros de mora sobre os valores que devem ser restituídos à demandada.

Apelação Cível n. 2013.005668-1, de Joinville

Relator: Des. Domingos Paludo

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS E DANO MORAL. RÉ ENSEJOU PERDA DE FRETES AO AUTOR, À MÍNGUA DE CERTO CADASTRO DE TRANSPORTADORES. CONTROVÉRSIA SOBRE A RESPONSABILIDADE A RESPEITO. NECESSIDADE DE PROVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. SENTENÇA ANULADA. Pertinentes e relevantes os fatos alegados, tem a parte o direito de demonstrá-los em juízo, configurando cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.005668-1, da comarca de Joinville (2ª Vara Cível), em que é apelante Norival Silva, e apelado NR Sistemas de Gerenciamento de Riscos Ltda:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer e dar provimento ao recurso, com a anulação da sentença e retorno dos autos à origem, para que às partes seja aberta a possibilidade de produção de prova, inclusive pericial e testemunhal. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Domingos Paludo – Relator, Des. Gerson Cherem II e Des. Sebastião César Evangelista – Presidente.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2014.

Domingos Paludo
RELATOR

RELATÓRIO

O apelante teve rejeitada pretensão ressarcitória de danos materiais e morais e alega cerceamento de defesa, que a prova basta e tem o direito que reivindica, daí por que reitera o pedido inicialmente formulado.

Recebido e respondido, o recurso veio.

Este é o relatório.

VOTO

Conheço do apelo, porque apropriado, tempestivo e preparado.

O caso é, sem delongas, de provimento do apelo.

O autor, e apelante, buscava reparação dos danos que especifica.

Em julgamento antecipado da lide – porque os temas em debate seriam de direito apenas, e fatos comprovados documentalmente – teve sua pretensão repelida, justo pela falta de prova dos danos, ou, como escreve a sentença “não demonstrado nenhum ato ilícito por parte da demandada, a improcedência dos pedidos é medida que se impõe”.

Como se verifica, a um tempo a sentença antecipou o julgamento porque os fatos afirmados – afirmava-se que a ré inviabilizou a atividade de transporte do autor, o que configura ato ilícito e lesivo, dado que a profissão de transportador é livre a todos, cumpridos os requisitos legais apenas, coisa que empresa alguma, a pretexto algum poderá limitar, e muito menos porque deixara, eventualmente, algum trabalhador, de pagar ou fazer algum cadastro ou coisa assim –, os temas em debate, seriam de direito apenas, e fatos comprovados documentalmente, e ainda a esse tempo, considerou que não foi provado nenhum ato ilícito, se bem que a inicial o narre: propagar informações pejorativas indevidas, impedindo o trabalho lícito.

Anoto ainda que o primeiro parágrafo da fundamentação justifica a antecipação do julgamento, em que a matéria seria “essencialmente de direito”.

O segundo refere textualmente, bem sintetizando, o objeto da lide:

“A discussão nos autos é singela. Alega o autor que está sofrendo prejuízos advindos de informações desabonadoras divulgadas pela empresa requerida,

e que são destituídas de verdade, uma vez que jamais se envolveu em roubo de cargas e caminhões.

A requerida, por sua vez, esclarece que a suposta restrição existente no nome do autor é falta de atualização dos dados cadastrais, haja vista que não renovou informações desde 11/9/1996.”

A partir daí o julgado passa a analisar a atividade da ré, que seria de mera pesquisa e estatística, assessoria e consultoria, levantamento de dados, diagnose e elaboração de projetos para gerenciamento de riscos empresariais, e criação e desenvolvimento, implantação e operação de cadastros gerenciais de motoristas e veículos.

Ao depois, melhor explicitando a índole da atividade, na reunião e divulgação de informações, a sentença aduz que:

“Assim, o cerne da presente questão se concentra no conteúdo da alegada restrição existente no cadastro do autor, se é desabonadora e mormente se é verídica. Pois, embora pública, se a restrição conter informações equivocadas, e ao mesmo tempo negativas, por certo a ré estaria causando ao autor prejuízos desnecessários e indevidos, que deveriam ser ressarcidos.”

Em seguida, a sentença analisa os papéis de fls. 18-20, e conclui que a recusa de fretes à autora foi por conta da ré, da seguradora “bonny e “Pamcary”, e afirma que “a alegada restrição existente no cadastro do autor não tem conteúdo desabonador. Trata-se meramente de falta de atualização de cadastro”, informação tida por verdadeira, porque afirmada pela ré e que “não foi desconstituída pelo autor”.

Em verdade, leio dos papéis que a ré foi responsável pela recusa de fretes, faltando explicar quem é a seguradora a que se reporta o segundo desses documentos, e qual sua relação com a lide.

Pode dar-se que a ali consignada seguradora recusou o seguro, inviabilizando o frete, a partir da informação da ré, lastreada na falta de cadastro...

E não há sofismas: se a recusa se fez por culpa da ré dano houve, é lógico, e quem pode dizer se essas informações são ou não equivocadas é

a prova oral que se não oportunizou, certo, porém, que qualquer prejuízo é sempre desnecessário e indevido e todo dano tem de ser reparado.

Ao que se analisa, os autos parecem reportar relação de consumo, se bem que mal explicada, justo pela falta de provas que, pensamos, tinham de ter sido deferidas, produzidas e bem analisadas com vagar, pois ao que se entende a ré é empresa que reúne falatórios de transportadores e monta com eles um banco de dados, que a pretexto de informar a probabilidade de problemas de transporte, colima a recusa ou permissão de fretes.

Ocorre que o frete é uma atividade lícita e regulamentada e na mesma dimensão que é odiosa a atividade do transportador delituoso, que compactua com o crime e lesa a terceiros, também é delituosa e inaceitável a atividade inviabilizadora de seu normal exercício.

E o que se tem nestes autos é que sistematicamente vem sendo denegados fretes ao autor, por ato – e sua índole, constante ou não de seu contrato social, é coisa de menor significação, certo que ninguém pode exercer socialmente função ilícita – imputável à ré.

Os papéis mencionados na sentença evidenciam-no.

E a análise da prova, em se cuidando de relações assim – de consumo, em que foi construído banco de dados privado, ao que parece inexplicavelmente com custo para os próprios cadastrados, que têm de atualizar tal cadastro periodicamente sabe-se lá a que preço, para poderem usufruir do direito de exercer profissão lícita – não parece que foi bem feita, a partir da própria fundamentação do julgado que cita, onde se diz que naquele feito (TJSC, Apelação Cível n. 2008.049579-1, de Joinville, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 29-06-2010) foram inquiridas testemunhas, para firmar tantas conclusões sobre os fatos, aqui sumariamente ignorados.

Por motivações que tais, penso que a prova tinha de ter sido deferida e que a antecipação do julgamento da lide foi temerária e lesou o

autor, no seu direito legítimo de provar o que alegou, mesmo porque a sucumbência foi justo pela falta de provas.

Depois, além daquele pronunciamento, há outro, de idêntica origem:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDE-
NIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. TRANSPORTE DE CARGAS.
GERENCIAMENTO DE RISCOS. CADASTRO DE MOTORISTAS.
RESTRICÇÕES AO NOME DO AUTOR. PLEITO DE EXCLUSÃO
INDEFERIDO. - RÉ QUE NÃO COMPROVA A ORIGEM DA RE-
FERÊNCIA NEGATIVA. POSTULANTE QUE DEMONSTRA, POR
ORA, PASSADO IMACULADO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA
A INSERÇÃO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA DEFE-
RIDA. - DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. I - Supera
seus ônus processuais para fins de decisum liminar tendente a determinar a
imediata retirada de seus dados em acervo de órgão responsável por geren-
ciamento de riscos, o autor que, comprovadamente motorista em cujo nome
constam restrições desabonadoras de sua conduta, faz derruir por meio de
prova documental a suposta justificativa da ré para restrições tais. Tal quadro
processual torna-se ainda mais completo se, uma vez ouvida em juízo, a parte
ré não faz indicar o movens de seu proceder, reforçando a verossimilhança
das alegações expostas pela exordial. II - Comprovando que restrições tais
implicam dificuldades na obtenção de novas empreitadas junto a transporta-
doras - em evidente dano à sua própria subsistência -, faz a parte autora por
superar, também, as exigências declinadas no art. 273, I do CPC, porquanto
evidenciado, então, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil repara-
ção a que faz menção dito dispositivo legal. (TJSC, Agravo de Instrumento
n. 2009.067143-5, de Içara, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 09-03-2010).

Note-se aí, novamente, como o feito foi regularmente instruído e, pois, que a sentença enfrentou superficialmente os temas, por falta de provas que o autor requereu atempadamente.

Penso, pois, que o caso é de acolher o apelo para reconhecer que houve mesmo cerceamento de defesa, a justificar a anulação da sentença, possibilitando a produção das provas pleiteadas a tempo e modo, sobre fatos controvertidos, relevantes e dos quais não se pode fazer segura ideia ainda.

A relação jurídica entre as partes pede esclarecimento.

O direito à produção de prova é garantido constitucionalmente, como ensinam Fredie Didier Jr., Rafael Oliviera e Paula Sarno Braga:

Por um lado, a partir da leitura sistemática e teleológica das máximas e valores constitucionais, encontramos a ela intrínseco o direito fundamental à prova, emanando, mais especificamente, “como um desdobramento da garantia constitucional do devido processo legal ou um aspecto fundamental das garantias processuais da ação, da defesa e do contraditório”. Por outro lado, podemos ainda identificá-lo como um direito constitucional implícito, mas externo à Constituição. Sim, vez que é expressamente previsto em 02 (dois) tratados internacionais recepcionados pelo nosso sistema: (i) a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado pelo Decreto n. 678/69, no seu art. 8º; (ii) o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, incorporado pelo Decreto nº 592/92, no seu art. 14.1, alínea “e” [...]. (*Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2007, v. 2, p. 24).

Conforme dicção do art. 330, I, do CPC, é cabível o julgamento antecipado da lide quando a produção de provas revela-se desnecessária, ou seja, somente prevalece essa determinação processual quando a prova for efetivamente despicienda.

A hipótese retrata típico caso de indispensabilidade da dilação probatória: a prova testemunhal, os depoimentos pessoais e a prova pericial são de rigor em casos assim, em que se questiona a licitude de condutas materiais, bem como aspectos duvidosos e lindes da atuação das partes, nem sempre documentais, e ressarcimento pelos bem prováveis danos materiais decorrentes, é necessária prova cabal da reclamação, da existência do defeito e dos danos.

Ao que parece, a matéria expressa na presente demanda envolve questões de fato cujo contexto probatório, por ora, não se mostra suficiente para a sua resolução, pois é necessário que se propicie a instrução para que a apelante tenha a oportunidade de demonstrar suas alegações.

A prova oral se mostrava necessária no caso, a fim de verificar o alcance nocivo da atuação da ré, que bem pode não se limitar ao documentado, bem como não estar em consonância com suas intenções sociais.

O provimento do recurso é de rigor, pelo cerceamento de defesa, com o retorno dos autos à origem para regular processamento e instrução, sem óbice de, em se constatando eventual atitude protelatória ou argumentação inverídica, a recorrente será apenada por litigância de má-fé.

O magistrado não pode ceifar o direito da autora à produção das provas tempestivamente requeridas, adequadas e pertinentes, sobre fatos controvertidos e, depois, julgar improcedente o pedido com base em alegações da ré, unilateralmente reunida pela vencedora, à falta de outra melhor, justificando que o autor não provou danos a contento.

O convencimento há de ser formado a partir de dados obtidos sob o crivo do contraditório.

A prova documental existente não é suficiente para dirimir a controvérsia e, assim, a questão deve ser esclarecida com novas provas, especificamente aquelas requeridas.

Meu voto é pela anulação da sentença, com retorno à origem, para que às partes seja aberta a possibilidade de produção de prova, inclusive pericial e testemunhal.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 2012.012445-5, de Urussanga

Relator: Des. João Batista Góes Ulysséa

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA MOVIDA SOMENTE CONTRA A INSTITUIÇÃO HOSPITALAR. LITISDENUNCIÇÃO DO PROFISSIONAL MÉDICO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS PEDIDOS DA LIDE ORIGINÁRIA E PROCEDÊNCIA PARCIAL DA LIDE SECUNDÁRIA.

AGRAVO RETIDO INTERPOSTO PELO LITISDENUNCIADO CONTRA DECISÃO DEFERITÓRIA DA DENUNCIÇÃO. DEMANDA SUBMETIDA AOS DITAMES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PROIBIÇÃO LEGAL (CDC, ART. 88). HIPÓTESE DO ART. 70, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO CARACTERIZADA. ILEGAL AMPLIAÇÃO DA ABRANGÊNCIA DA LIDE. RECURSO PROVIDO PARA EXTINGUIR O PROCESSO RELATIVAMENTE À PESSOA FÍSICA.

Além da proibição expressa da litisdenunciação contida no artigo 88, do Código de Defesa do Consumidor, essa espécie de intervenção de terceiro não tem cabimento quando ampliar a abrangência da lide principal, como na hipótese de ação indenizatória movida contra hospital que pretende imputar a culpa ao médico por erro no procedimento. Assim, “é inviável que no mesmo processo se produzam provas para averiguar a responsabilidade subjetiva do médico, o que deve ser feito em eventual ação de regresso proposta pelo hospital. A conduta do médico só interessa ao hospital, porquanto ressalvado seu direito de regresso contra o profissional que age com culpa. De tal maneira, a delonga do processo para que se produzam as provas relativas à conduta do profissional não pode ser suportada pelo paciente. [...]” (Resp n. 801691/SP, re. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 6-12-2011).

AGRAVO RETIDO DO HOSPITAL CONTRA DECISÃO INDEFERITÓRIA DO PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DO PERITO JUDICIAL. HIPÓTESES DO ART. 424 DO CPC NÃO CONFIGURADAS. SUSPEIÇÃO NÃO PROVADA (CPC, ART. 135). RECURSO DESPROVIDO.

À minguia de prova da incapacidade técnica do perito judicial (CPC, art. 424) ou da caracterização de uma das hipóteses de suspeição de que trata o artigo 135 do Código de Processo Civil, indefere-se a pretensão de substituição do experto.

AGRAVO RETIDO INTERPOSTO PELO NOSOCÔMIO CONTRA DECISÃO INDEFERITÓRIA DO PEDIDO DE COMPLEMENTAÇÃO DO LAUDO PERICIAL. RESPOSTA SUFICIENTE A TODOS OS QUESTITOS FORMULADOS PELOS LITIGANTES. IRRELEVÂNCIA DOS QUESTIONAMENTOS ADICIONAIS. RECURSO DESPROVIDO.

O pedido de complementação da prova pericial deve ser indeferido quando ausente inexatidão ou omissão do laudo, e mormente quando os questionamentos complementares mostrarem-se irrelevantes à resolução da demanda.

APELO DO HOSPITAL. CONHECIMENTO PARCIAL. PREJUDICIALIDADE DA FRAÇÃO TOCANTE À LITISDENUNCIÇÃO, EM RAZÃO DA EXTINÇÃO DA LIDE SECUNDÁRIA. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL EM RAZÃO DA FORMULAÇÃO DE PEDIDO GENÉRICO. REQUERIMENTO EXORDIAL ADEQUADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. AFASTAMENTO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA DITA *EXTRA* E *ULTRA PETITA* E ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO RÉU AO PAGAMENTO DE “DANOS FUTUROS”, COMPREENDIDOS ENTRE ESTES O CUSTEAMENTO DO TRATAMENTO DA VÍTIMA. SENTENÇA QUE SE ATEVE AO OBJETO DA EXORDIAL. NULIDADES AFASTADAS.

A formulação de pedido de condenação do réu ao pagamento de indenização por “danos futuros”, consistente no custeamento de tratamento médico-hospitalar necessário ao restabelecimento da vítima, não afronta o disposto no artigo 282 do Código de Processo Civil e, portanto, não torna a inicial inepeta, sobretudo quando o fato não prejudicar a defesa do contestante.

Não se está diante de decisão *ultra* ou *extra petita* quando o dispositivo da sentença atém-se aos pedidos formulados pelo autor, sem aumentar-lhes o alcance ou alterar-lhes a natureza.

MÉRITO. DEMANDA SUBMETIDA AO CDC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (CDC, ART. 6º, INC. III). FALTA DE ACOMPA-

NHAMENTO MÉDICO ADEQUADO À PARTURIENTE. AUSÊNCIA DE PROFISSIONAL CAPACITADO PARA DAR O ADEQUADO ENCAMINHAMENTO AO PARTO. AUSÊNCIA DE CONFEÇÃO DO DOCUMENTO DENOMINADO PARTOGRAMA, ESSENCIAL À VERIFICAÇÃO DA CONDUTA DOS PROFISSIONAIS ENVOLVIDOS. OMISSÃO DO HOSPITAL CARACTERIZADA. RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. DECAIMENTO DE METADE DOS PEDIDOS PELOS AUTORES. REDISTRIBUIÇÃO NECESSÁRIA (CPC, ART. 21). PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA. PRETENSÃO INDEFERIDA. APELO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PROVIDO EM PARTE.

Diante da presença, no polo passivo de prestador de serviços (CDC, art. 3º), e residindo no polo ativo consumidor na acepção legal do termo (CDC, art. 2º), presumidamente vulnerável e hipossuficiente, adequada é a inversão do ônus probatório, nos termos do artigo 6º, III, da Lei n. 8.078/1990.

É negligente a instituição de saúde que submete a parturiente aos cuidados exclusivos de parteira e auxiliar de enfermagem, profissionais desprovidas de conhecimentos técnico-científicos adequados para avaliar situação de risco e empreender as melhores técnicas necessárias ao adequado desenvolvimento do trabalho de parto.

Diante da prova do nexo de causalidade entre a falta de acompanhamento médico adequado no período pré-parto e a lesão experimentada pelo autor recém-nascido, exsurge o dever indenizatório do nosocômio, que deverá reparar, da forma mais abrangente possível, os danos impostos à vítima.

Nos termos do artigo 21, do Código de Processo Civil, quando os litigantes forem mutuamente vencidos e vencedores, é necessário repartir igualmente entre eles os ônus sucumbenciais, que merecem redistribuição na hipótese.

Ainda que se admita a concessão do benefício da gratuidade da Justiça às pessoas jurídicas, o sucesso da pretensão não prescinde de prova segura acerca da temerária situação econômico-financeira da instituição, o que na hipótese não há. Ao contrário, o recolhimento da quantia relativa ao preparo do apelo revela, *prima facie*, que o apelante reúne condições para fazer frente aos custos derivados do processo, razão por que se mantém o indeferimento do pedido de concessão da benesse.

APELO DOS AUTORES. PENSÃO MENSAL. MODIFICAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMEN-

TO. PEDIDO DE CUSTEAMENTO DE PERINEOPLASTIA. AUSÊNCIA DE PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE. REJEIÇÃO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MAJORAÇÃO NECESSÁRIA. TERMO *A QUO* DE INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. TEMA DE ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE REVISÃO *EX OFFICIO*. JUROS INCIDENTES DESDE O EVENTO DANOSO. CORREÇÃO MONETÁRIA CONTABILIZADA A PARTIR DA MAJORAÇÃO. EXEGESE DAS SÚMULAS 54 E 362 DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA FRAÇÃO, PROVIDO EM PARTE.

A alteração da causa de pedir em sede recursal caracteriza evidente inovação, a impedir o conhecimento do tema pelo *órgão ad quem*.

À míngua de prova do nexo de causalidade entre a lesão perineal suportada pela autora e o parto mal conduzido pelo hospital réu, conclusão abalizada pelo laudo pericial, deixa-se de acolher o pedido de custeamento de cirurgia reparadora.

O *quantum* indenizatório por danos morais deverá ser arbitrado de forma a revestir efeito pedagógico, servindo como obstáculo à reincidência, além de obedecer ao princípio da razoabilidade e guardar proporção com a gravidade da lesão e suas consequências danosas, o grau de culpa do lesante e as condições econômico-financeiras dos litigantes.

Por se tratar de tema de ordem pública, o termo inicial de incidência de juros de mora e correção monetária sobre indenização por danos morais pode ser revisto a qualquer tempo e grau de jurisdição, ainda que à míngua de provocação.

Majorado o valor indenizatório por danos morais, a correção monetária passa a ser contabilizada a contar deste novo arbitramento, enquanto que os juros de mora incidem a partir do evento danoso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.012445-5, da comarca de Urussanga (1ª Vara), em que são apelantes e apelados Rosana Machado Martins Antonio e outro, Fábio Alexandre Messer e Hospital Nossa Senhora da Conceição:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do agravo retido de Fábio Alexandre Messer e provê-lo, extinguindo a lide secundária, prejudicados os demais recursos interpostos pelo litisdenuciado; conhecer dos agravos retidos interpostos pelo réu e desprovê-los; conhecer parcialmente do apelo do réu e provê-lo em parte, apenas para a redistribuição dos ônus sucumbenciais; conhecer parcialmente do apelo dos autores e provê-lo em parte, somente para majorar os danos morais; e, de ofício, adequar o termo inicial de incidência de juros de mora e correção monetária.

O julgamento, realizado no dia 10 de julho de 2014, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Gilberto Gomes de Oliveira.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser.

Florianópolis, 22 de julho de 2014.

João Batista Góes Ulysséa
RELATOR

RELATÓRIO

Rosana Machado Martins Antônio e J. M. A. (autores), Sociedade Divina Providência – Hospital Nossa Senhora da Conceição (ré) e Fábio Alexandre Messer (litisdenuciado) interpuseram apelações cíveis contra sentença que, em ação indenizatória, julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando o nosocômio Réu ao pagamento de R\$ 60.000,00 ao Autor J., além das despesas necessárias ao tratamento da lesão por ele sofrida durante o parto, incluindo as decorrentes da locomoção e estadia de um acompanhante, mais custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% do valor condenatório. Além disso, julgou parcialmente procedente a litisdenucição promovida pelo Hos-

pital, condenando Fábio Alexandre Messer ao ressarcimento de metade do valor da condenação da lide principal, repartindo entre denunciante e denunciado as custas processuais e a verba honorária da lide secundária, fixada em R\$ 5.000,00.

Os autores, Rosana Machado Martins Antônio e J. Martins Antônio, requereram a reforma parcial da sentença para que: (a) seja julgado procedente o pedido de condenação do Réu ao custeamento de perineoplastia necessária ao restabelecimento de Rosana, decorrente do parto mal-conduzido de J.; (b) o Réu seja condenado ao pensionamento mensal de J., em razão da redução de sua capacidade laboral, decorrente do encurtamento do membro superior direito e da limitação de movimentos do ombro; (c) majorado o valor indenizatório por da nos morais, mormente considerando a duplicidade de Réus; e, (d) o Réu condenado à constituição de capital para garantir o cumprimento da obrigação.

O litisdenunciado Fábio Alexandre Messer, de seu turno, requereu o conhecimento e provimento do agravo retido interposto contra decisão deferitória da litisdenúnciação, pretendendo a extinção do processo sem resolução de mérito relativamente a ele.

Também pleiteou o provimento do agravo retido interposto em audiência de instrução, contra ato da Juíza que: (a) tomou o depoimento de Lurdes Pandini como informante e deixou de fundamentar tal decisão; (b) indeferiu a impugnação do laudo pericial, que se fundara na falta de especialidade do experto; e, (c) indeferiu a pretendida produção de prova pericial a ser confeccionada por neurologista ou pediatra especialista no tipo de lesão apresentada pelo Autor J..

Nas razões do apelo propriamente dito, alegou ter participado ativamente do parto de J., contrariando a conclusão judicial de afirmativa da ausência do médico durante o procedimento.

Discorreu acerca das responsabilidades objetiva e subjetiva, argumentando que a primeira somente é aplicável ao nosocômio. Ademais, disse do equívoco da Juíza de Direito ao confundir os institutos da responsabilização solidária e da responsabilidade decorrente da litisdenuciação, permitindo a conclusão de que a sentença não se limitou aos argumentos contidos na exordial, adquirindo natureza *extra petita*.

De outra parte, caso a Câmara entenda por analisar a conduta do profissional, deve observar que o parto normal era o mais indicado à situação, mormente porque a parturiente já dera à luz a dois outros filhos pelo mesmo método, sem complicações.

Também afirmou que a distócia de ombro é evento imprevisível, que deve ser resolvido instantaneamente, pois a demora na expulsão do feto pode causar sérios riscos à vida do bebê e à da mãe. E, além disso, a distensão do plexo braquial com a fratura da clavícula é reversível quando acompanhada de tratamento adequado, que na espécie não houve, a reforçar a culpabilidade do próprio Hospital Réu.

Insurgiu-se, ademais, contra a condenação ao pagamento das despesas por tratamento médico futuro para o restabelecimento da criança, ao argumento de que a sentença não elegeu critérios objetivos para balizar a vindoura indenização.

Por fim, pleiteou, mantida a sentença, a fixação dos juros de mora e correção monetária a contar do trânsito em julgado da decisão condenatória.

O Hospital Nossa Senhora da Conceição pleiteou o conhecimento e provimento dos agravos retidos interpostos contra (a) decisão indeferitória da impugnação à nomeação do perito oficial e (b) do pedido de complementação da perícia, lançado às fls. 320/322, do que decorre a nulidade processual por cerceamento de defesa.

Nas razões do apelo, reeditou a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, sob o fundamento de que os esclarecimentos pedidos às fls. 320/322 eram absolutamente indispensáveis à resolução meritória.

A nulidade do *decisum* também foi suscitada em decorrência da nomeação do perito, desprovido de conhecimentos técnicos adequados e necessários ao desempenho do *munus*, além de suspeito, conforme prova testemunhal.

Ainda em sede preliminar, disse da violação ao princípio da congruência, ao notar disparidade entre os pedidos exordiais e o dispositivo da sentença, com revestimento de natureza *ultra e extra petita*, mormente porque o pedido de condenação do Réu ao pagamento de “despesas futuras”, como formulado na exordial, não foi devidamente delimitado, a caracterizar também a inépcia da inicial.

No mérito, disse não pode ser responsabilizado pelos atos do médico Fábio Alexandre Messer, que não é seu preposto ou funcionário. E que a lide gravita em torno do equivocado procedimento adotado pelo profissional da saúde, de modo a inexistir justificativa para que o nosocômio integre a lide na condição de réu, o que pode levar até mesmo à extinção do processo por carência de ação, na modalidade ilegitimidade passiva.

Alegou que o parto pela via alta não era adequado à condição da paciente Autora, mormente em razão de dois partos normais antecedentes. Logo, concluiu pela inexistência de erro no ato médico, visto que a distócia de ombro é evento imprevisível e incomum, indetectável mediante exames anteriores ao parto. No entanto, se mantida sua responsabilização, pretendeu a redução do valor indenizatório por danos morais, insistindo que os futuros gastos com tratamento médico adequado à reabilitação da vítima serão custeados pelo Sistema Único de Saúde – SUS, a afastar necessidade de condenação ao pagamento de indenização por danos materiais.

Pleiteou a redução da verba honorária e a concessão do benefício da Justiça Gratuita, por ser entidade beneficente, que opera sem fins lucrativos.

Relativamente à lide secundária, destacou o equívoco da Juíza sentenciante que reconheceu a responsabilidade solidária entre o hospital e o médico e julgou parcialmente procedente a litisdenúnciação, condenando o médico ao ressarcimento da metade do valor indenizatório, como se os institutos se confundissem, além de realçar a inexistência de balizamento da sentença pelos artigos 264 e 275 do Código Civil. E, insistiu que a responsabilidade pelo ato é exclusiva do médico, de forma que a litisdenúnciação deveria ter sido julgada procedente, nos termos do artigo 70 do Código de Processo Civil.

Por fim, requereu a condenação do litisdenunciado ao pagamento integral dos ônus sucumbenciais da lide secundária e, de forma sucessiva, a redução dos honorários advocatícios, com a possibilidade de compensação.

Houve contrarrazões (fls. 637/643, 647/656 e 791/798).

Lavrou parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser, que alvitrou pelo provimento do apelo dos Autores, para a condenação do Réu e do litisdenunciado ao custeamento de cirurgia de perineoplastia à Autora Rosana e ao pagamento de pensão mensal vitalícia ao Autor J. M. A., arbitrada em 1 (um) salário mínimo, a partir dos 14 (quatorze) anos da vítima. E, opinou pelo conhecimento e desprovimento dos recursos de apelação e de agravo interpostos pelo Réu e pelo litisdenunciado.

Esse é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelos e agravos retidos interpostos por Rosana Machado Martins Antonio e J. M. A. (autores), Fábio Alexandre Messer (litisdenunciado) e Sociedade Divina Providência – Hospital Nossa Senhora da Conceição (réu), em ação indenizatória por danos materiais e morais.

Dada a pluralidade dos apelos e agravos retidos interpostos pelos litigantes, é necessário, para melhor compreensão, abordar cada um dos recursos, iniciando-se pelo exame daquele interposto pelo Litisdenunciado Fábio Alexandre Messer.

Do apelo do Litisdenunciado, Fábio Alexandre Messer.

O Apelante requer, preliminarmente, o conhecimento e provimento do agravo interposto contra decisão deferitória da litisdenúnciação, para a extinção da lide secundária sem resolução do mérito.

Sabe-se que a demanda em exame submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, pois aforada por consumidor na acepção do termo (CDC, art. 2º), contra o fornecedor de serviços de que trata o artigo 3º do Código Consumerista. Com efeito,

Hospitais, quer sejam públicos, quer sejam privados, são fornecedores ou prestadores de serviços, qualidade que os submete ao alcance do Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 14, caput, diz que “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação de danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”. [...] (Apelação Cível n. 2010.015788-1, da Capital, rel. Des. Newton Janke, j. 11-10-2011).

Na hipótese, ademais, a exordial narra omissão do hospital, ao noticiar que o parto do Autor J. não foi acompanhado de médico obstetra, ato de que decorreu uma sequência de eventos que culminaram em irreversíveis danos físicos à criança. Assim, vê-se bem delimitado o alcance da petição inicial, para afastar, nos termos do princípio da congruência, a discussão acerca de fatos não abrangidos pela peça introdutória.

O Código de Defesa do Consumidor, de seu turno, expressamente afasta essa modalidade de intervenção de terceiro, nos termos do seu artigo 88:

Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denúncia da lide.

Sucedeu que, em primeiro grau, foi deferido, ainda que contrariamente ao alvitre do Representante do *Parquet* (fls. 148/151) e em decisão não fundamentada, como se infere da leitura do despacho de fl. 159, a litisdenúncia do profissional médico Fábio Alexandre Messer.

Sabe-se que a litisdenúncia, espécie de intervenção de terceiros, está prevista no artigo 70, do Código de Processo Civil, com a sua obrigatoriedade pressupondo, em tema de indenização, a existência de lei ou contrato que imponha ao denunciado o dever de ressarcimento em ação regressiva, *verbis*:

A denúncia da lide é obrigatória:

[...]

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Na espécie, vislumbra-se, de plano, não caracterizada a hipótese legal citada, pois é incontroverso que o ora Apelante, profissional da saúde, não mantém vínculo empregatício com o nosocômio contra quem a ação indenizatória foi aforada. A conjugação de tal artigo, em conjunto com a redação do artigo 88, do Código de Defesa do Consumidor, leva à conclusão de que, em princípio, a pretendida litisdenúncia deveria ter sido afastada na origem.

Mas não é tudo. É necessário destacar que a ação foi movida exclusivamente contra o Hospital, cuja responsabilidade é objetiva (CDC, art. 14), enquanto que a constatação da culpa do profissional liberal médico é de natureza subjetiva, a demandar a ampliação do alcance cognitivo da contenda e prejudicar o direito do consumidor, à vista da necessidade de maior dilação probatória e alongamento dos trâmites processuais. É isso, aliás, que o legislador pretendeu evitar mediante a redação do artigo 88 do Código de Defesa do Consumidor, antes mencionado.

Vale ponderar, ainda, que a conduta do médico só importa ao hospital demandado, pois é indiferente, aos olhos do consumidor, quem res-

ponderará pela reparação dos danos porventura experimentados. Assim, é inviável que, no mesmo processo em que se examinam os requisitos necessários à responsabilização objetiva da instituição de saúde, busquem-se, também, indícios de culpa do profissional liberal para o ressarcimento do réu, o que deverá ser feito oportunamente em eventual ação regressiva.

A jurisprudência desta Corte, no mesmo sentido, tem decidido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO, DEMANDA AJUIZADA CONTRA O PROFISSIONAL E HOSPITAL. AGRAVO RETIDO. ILEGITIMIDADE PASSIVA E PEDIDO DE DENUNCIAÇÃO DA LIDE AFASTADOS. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO HOSPITAL E SUBJETIVA DO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA MANTIDA. TERMO DE INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA CORRIGIDO DE OFÍCIO. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1. É evidente a existência de vínculo entre o hospital privado credenciado no Sistema Único de Saúde - SUS e o médico plantonista do setor de obstetrícia. A responsabilidade civil da entidade hospitalar, como prestadora de serviço, abrange tanto os danos decorrentes dos serviços próprios de sua atividade empresarial, como aqueles decorrentes dos serviços técnicos-profissionais prestados pelos médicos nas dependências de seu estabelecimento, donde exsurge a legitimidade passiva de ambos.

2. É vedada a denúncia da lide quando a demanda envolver relação de consumo, conforme dispõe o art. 88 do CDC. Ademais, mesmo nas lides de natureza civil não consumerista, inexistindo obrigação legal ou contratual que imponha ao réu a denúncia da lide para o exercício do direito de regresso, em caso de eventual condenação, possível é o indeferimento da mencionada intervenção de terceiro quando a nova relação jurídica instaurada possa comprometer a celeridade processual em razão da introdução de novos fatos e fundamentos jurídicos.

[...]

O erro ou mau procedimento médico representa um defeito na prestação do serviço por parte do profissional e do hospital, pelo que, tendo em vista a relação de consumo existente, deve ser aplicada a legislação consumerista, o que atrai a incidência do art. 14 do CDC. É, portanto, objetiva a responsabilidade civil da entidade hospitalar (responde como prestadora do serviço), e subjetiva a responsabilidade civil do médico (responde pessoalmente como profissional liberal). Não altera o regime jurídico de responsabilidade civil a circunstância de o serviço ter sido prestado por médico plantonista remunerado pelo SUS.

[...] (Apelação Cível n. 2010.077215-7, de Criciúma, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 15-8-2013).

Em ação indenizatória por erro médico promovida contra clínica prestadora de serviços médico, a jurisprudência, tanto do Superior Tribunal de Justiça como desta Corte de Justiça catarinense, coaduna em refutar a denúncia da lide do médico, entendendo pela responsabilidade da clínica particular e pela incidência das regras de proteção consumerista.

Em que pese o direito de regresso, a denúncia da lide, na forma do art. 70, inc. III, do Código de Processo Civil não se mostra viável, pois a indenização em ação regressiva não decorre indubitável da lei ou do contrato, dependendo da demonstração da culpa do causador do dano. Ademais, o art. 88 do CDC veda expressamente a denúncia da lide na hipótese (Agravo de Instrumento n. 2010.034092-9, rel. Des. Subst. Stanley da Silva Braga, julgado em 8-9-2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA MOVIDA PELA AGRAVADA EM RAZÃO DE SUPOSTO ERRO MÉDICO. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE DENÚNCIAÇÃO DA LIDE FORMULADO PELO HOSPITAL RÉU EM DETRIMENTO DO MÉDICO RESPONSÁVEL PELO ATENDIMENTO PRESTADO À AGRAVADA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DOS DITAMES DA LEI CONSUMERISTA. ENTENDIMENTO FIRMADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E ADOTADO POR ESTA CORTE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

“Em ação indenizatória por erro médico promovida contra clínica prestadora de serviços médico, a jurisprudência, tanto do Superior Tribunal de Justiça

como desta Corte de Justiça catarinense, coaduna em refutar a denúncia da lide do médico, entendendo pela responsabilidade da clínica particular e pela incidência das regras de proteção consumerista”.

“Em que pese o direito de regresso, a denúncia da lide, na forma do art. 70, inc. III, do Código de Processo Civil não se mostra viável, pois a indenização em ação regressiva não decorre indubitável da lei ou do contrato, dependendo da demonstração da culpa do causador do dano. Ademais, o art. 88 do CDC veda expressamente a denúncia da lide na hipótese” (Agravado de Instrumento n. 2010.034092-9, rel. Des. Subst. Stanley da Silva Braga, julgado em 8-9-2011). (Agravado de Instrumento n. 2012.083843-7, de Balneário Camboriú, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 21-3-2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ERRO MÉDICO - DEMANDA INTENTADA CONTRA HOSPITAL PÚBLICO E O ESTADO DE SANTA CATARINA - PRETENSÃO DE DENÚNCIAÇÃO DA LIDE DO PROFISSIONAL DA SAÚDE RESPONSÁVEL PELO ATENDIMENTO - INVIABILIDADE - AMPLIAÇÃO DO HORIZONTE COGNITIVO DA CONTENDA - PREJUÍZO À MARCHA PROCESSUAL - VEDAÇÃO EXPRESSA ESTATUÍDA NO CÓDIGO CONSUMERISTA - POSSIBILIDADE, OUTROSSIM, DE AÇÃO AUTÔNOMA E REGRESSIVA - RECURSO DESPROVIDO

Mutatis mutandis, “em ação indenizatória por erro médico promovida contra clínica prestadora de serviços médico, a jurisprudência, tanto do Superior Tribunal de Justiça como desta Corte de Justiça catarinense, coaduna em refutar a denúncia da lide do médico, entendendo pela responsabilidade da clínica particular e pela incidência das regras de proteção consumerista.

Em que pese o direito de regresso, a denúncia da lide, na forma do art. 70, inc. III, do Código de Processo Civil não se mostra viável, pois a indenização em ação regressiva não decorre indubitável da lei ou do contrato, dependendo da demonstração da culpa do causador do dano. Ademais, o art. 88 do CDC veda expressamente a denúncia da lide na hipótese.” (AI n. 2010.034092-9, rel. Des. Subst. Stanley da Silva Braga, j. 8.9.11) (Agravado de Instrumento n. 2011.064575-0, de Herval D’Oeste, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 15-3-2012).

E, do acervo jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, extrai-se:

RECURSO ESPECIAL. DENUNCIÇÃO À LIDE. MÉDICA PLANTONISTA QUE ATENDEU MENOR QUE FALECEU NO DIA SEGUINTE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA O HOSPITAL. DENUNCIÇÃO DA MÉDICA À LIDE. IMPOSSIBILIDADE. SERVIÇO DE EMERGÊNCIA. RELAÇÃO DE PREPOSIÇÃO DO MÉDICO COM O HOSPITAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. PRODUÇÃO DE PROVAS QUE NÃO INTERESSAM AO PACIENTE. CULPA DA MÉDICA. ÔNUS DESNECESSÁRIO.

A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade do profissional plantonista, havendo relação de preposição entre o médico plantonista e o hospital. Precedentes.

O resultado da demanda indenizatória envolvendo o paciente e o hospital nada influenciará na ação de regresso eventualmente ajuizada pelo hospital contra o médico, porque naquela não se discute a culpa do profissional.

Qualquer ampliação da controvérsia que signifique produção de provas desnecessárias à lide principal vai de encontro ao princípio da celeridade e da economia processual. Especialmente em casos que envolvam direito do consumidor, admitir a produção de provas que não interessam ao hipossuficiente resultaria em um ônus que não pode ser suportado por ele. Essa é a ratio do Código de Defesa do Consumidor quando proíbe, no art. 88, a denúncia à lide.

A culpa do médico plantonista não interessa ao paciente (consumidor) porque o hospital tem responsabilidade objetiva pelos danos causados por seu preposto; por isso, é inviável que no mesmo processo se produzam provas para averiguar a responsabilidade subjetiva do médico, o que deve ser feito em eventual ação de regresso proposta pelo hospital.

A conduta do médico só interessa ao hospital, porquanto ressalvado seu direito de regresso contra o profissional que age com culpa. De tal maneira, a delonga do processo para que se produzam as provas relativas à conduta do profissional não pode ser suportada pelo paciente. [...] (Resp n. 801691/SP, re. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 6-12-2011, grifou-se).

À vista do exposto, não há dúvida de que a pretensão do nosocômio Réu de litisdenunciar o médico Fábio Alexandre Messer não en-

contra respaldo na lei e na jurisprudência, a demandar o provimento do agravo recebido na forma retida e a extinção do processo secundário sem resolução de mérito por carência de ação, na modalidade ilegitimidade passiva, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

Diante disso, resta prejudicada a análise do segundo agravo retido e das razões de apelo de Fábio Alexandre Messer.

Condena-se, assim, a instituição litisdenunciante ao pagamento das custas processuais da lide secundária, além de honorários advocatícios, estes em R\$ 3.000,00, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Do apelo do Réu, Hospital Nossa Senhora da Conceição

Ressalta-se, antes de mais nada, que o apelo deve ser conhecido apenas parcialmente, pois a fração versante sobre a litisdenúnciação revela-se prejudicada, diante da extinção do processo relativamente ao litisdenunciado, como visto anteriormente.

O nosocômio Apelante requer, preliminarmente, o conhecimento e provimento dos agravos retidos. Assim, diante do cumprimento do disposto no artigo 523 do CPC, passa-se à análise de cada um dos recursos.

Do agravo retido interposto contra decisão indeferitória do pedido de substituição do perito judicial

Em sede de agravo retido, o Hospital Nossa Senhora da Conceição pleiteou a procedência do pedido de substituição do perito judicial, Dr. Itamar Jaborandi. Para tanto, afirmou que o experto “era o Diretor Clínico na época dos fatos objeto da demanda”, do que decorre sua incompatibilidade com “o exercício da função de perito” (fl. 221). Também disse que o médico “afastou-se do requerido neste ano de 2008, numa situação que envolve desconformidade com procedimentos e decisões tomadas pela nova administração do nosocômio, de forma que também

por isso o desempenho da função não se torna conveniente, por haver incompatibilidade” (*idem*).

A substituição do perito, nos termos do artigo 424 do Código de Processo Civil, é admitida quando:

I - carecer de conhecimento técnico ou científico;

II - sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado.

A análise do laudo pericial, contudo, evidencia não haver motivo para preocupações acerca da capacidade do experto, que respondeu detalhadamente todos os quesitos que lhe foram apresentados. Ademais, como antigo Diretor Clínico do Hospital Agravante, mais conhecimento detém ainda o perito judicial para responder acerca dos procedimentos adotados pela instituição, de modo que não se faz presente nenhuma das hipóteses do artigo 135 do Código de Processo Civil.

Veja-se a orientação jurisprudencial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. DETERMINAÇÃO, PELO JUÍZO *A QUO*, DE REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA POR MÉDICO ESPECIALISTA EM ORTOPEDIA, APÓS INSURGÊNCIA DO SEGURADO. LAUDO DESFAVORÁVEL A ESTE. REQUISITOS DO ART. 424, DO CPC NÃO PREENCHIDOS. MÉDICO COM ESPECIALIZAÇÃO EM MEDICINA LEGAL E PERÍCIA MÉDICA. REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO CO-NHECIDO E PROVIDO.

“O fato de o perito médico indicado não ser especialista na área na qual deve ser realizada a perícia não basta para determinar a sua substituição, uma vez que a substituição do perito se dará caso “carecer de conhecimento técnico ou científico” (Art. 424, I, do CPC) o que deve ser efetivamente provado no caso de o perito indicado ser médico regularmente inscrito no Conselho Regional de Medicina - MG, em que se presume que tenha o conhecimento técnico ou científico exigido para a realização da perícia (TJMG, AI n. 1.0024.08.231324-8/001, da Comarca de Belo Horizonte, rel. Des. Rogério Medeiros, j. em 26-3-

2009) (AC n. 2011.057045-3, de Fraiburgo, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 21-10-2011) (Apelação Cível n. 2011.047611-7, de Anchieta, rel. Des. Jorge Luiz de Borba). (Agravo de Instrumento n. 2013.031592-5, de Jaraguá do Sul, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 21-11-2013).

De outro lado, embora as causas de suspeição do artigo 135, do CPC, cuja redação será citada a seguir, também serem aplicáveis aos experts, não se observa, na hipótese, a presença de alguma delas.

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

No caso em tela, ainda que se pudesse cogitar acerca de eventual animosidade entre o perito judicial, Dr. Itamar Jaborandi, com o Dr. Fábio Alexandre Messer, como deixou transparecer a informante Lurdes de Fátima (depoimento, fl. 337), foi visto antecedentemente que o segundo teve o processo extinto sem resolução meritória e não mais compõe a angularidade processual, a afastar, por completo, a alegação de suspeição. De qualquer modo, não há prova de que o perito seja inimigo capital de uma das partes ou de que tenha interesse no julgamento da lide. Assim, tem inteira aplicação o seguinte precedente jurisprudencial:

AGRAVO POR INSTRUMENTO - IMPUGNAÇÃO QUANTO À NOMEAÇÃO DE PERITO EM AÇÃO ACIDENTÁRIA - INSURGÊNCIA EM FACE DA DECISÃO QUE REJEITOU O PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO - INTERLOCUTÓRIO ACERTADO - ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DO EXPERT NÃO DEMONSTRADA - ART. 135 DO CPC - ROL TAXATIVO - RECURSO DESPROVIDO.

“Não havendo comprovação nos autos de que existem motivos geradores da suspeição entre o ‘expert’ judicial e uma das partes envolvidas na lide, não há se falar em quebra da imparcialidade que seja capaz de acolher a exceção suscitada (TJSC, AI n. 2010.068069-6, de Joaçaba, Rel. Des. Luiz César Medeiros, em 01.03.2011).” (AI n. 2010.070641-9, rel. Des. Jaime Ramos, j. em 28/04/2011).

“As hipóteses de suspeição elencadas taxativamente no art. 135, do CPC, também são aplicadas aos peritos judiciais, nos termos do art. 138, III, do CPC. Não configurada qualquer das situações previstas naquele dispositivo processual, a rejeição da exceção de suspeição é a medida que se impõe” (AI n. 2006.010038-8, Des. Sérgio Roberto Baasch Luz). (Agravo de Instrumento n. 2011.068199-0, de Araranguá, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 17-04-2012).

Nesses termos, conhece-se do agravo e nega-se-lhe provimento.

Do agravo retido interposto contra decisão indeferitória do pedido de complementação da perícia e a decorrente nulidade por cerceamento de defesa

Às fls. 320/322, o Agravante pleiteou a complementação da perícia, dizendo da necessidade de esclarecimento de alguns pontos controvertidos ou obscuros do laudo pericial. Todavia, em audiência de instrução, a Juíza de Direito indeferiu o pedido, ao argumento de que a prova pericial esclarecia, com a suficiência necessária, o mérito da demanda, decisão da qual o Hospital Nossa Senhora da Conceição agravou na forma retida.

Extrai-se da petição de fls. 320/322 que o Hospital Agravante almejava a complementação do laudo pericial por entender contraditória a resposta do experto ao quesito 6, letra c (fl. 277), *verbis*:

A autora Rosana pede a realização de uma cirurgia de perineoplastia. Pergunta-se: o problema da autora é decorrente do parto do autor J. ou é consequência dos partos naturais que a mesma teve em sua vida?

A resposta do perito a tal questionamento foi a seguinte:

Na situação atual fica impossível determinar se havia alguma lesão perineal prévia antes do parto do autor J., pois a lesão atual sobrepõe as anteriores, caso houvessem. Para se ter certeza absoluta se havia lesão perineal prévia

teria que se ter examinado a paciente antes do parto do menino J., o que no momento atual é totalmente impossível. Assim sendo, como o parto do menino J. foi um parto traumático, fica-se com essa hipótese para lesão perineal atual apresentada pela autora.

Não se observa, na resposta do perito ao questionamento citado, alguma contradição ou obscuridade. Ora, o experto judicial disse não se poder comprovar, concretamente, que a lesão de períneo decorreu do parto traumático de J., à míngua de exame anterior ao procedimento, mas que é *possível* que a lesão tenha decorrido do nascimento do bebê, por conta das características peculiares do parto. Assim, reputa-se suficiente a resposta dada pelo experto, sendo desnecessária a almejada complementação.

Da mesma forma, a Agravante pretendia obter do perito judicial a resposta para o seguinte questionamento: “esclareça-se se o fato ocorrido no nascimento do autor J. não seria uma fatalidade, frente à baixa incidência da falada distócia de ombro”.

Tal questionamento não tem validade jurídica. A uma, porque é incontroverso, segundo a doutrina médica acostada aos autos, que a distócia de ombro é evento ocorrente em aproximadamente 1 (um) em cada 1000 (mil) partos, a tornar despicienda a manifestação específica do experto sobre o tema. A duas, porque não seria a baixa incidência estatística do evento que teria o condão de afastar a responsabilidade objetiva do nosocômio Agravante. Afinal, a raridade da lesão, por si só, não é excludente de responsabilidade, como se infere do artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor. E, a três, porque o cerne da controvérsia não é a lesão decorrente do parto normal, mas sim a omissão e a negligência do Hospital no atendimento à parturiente, como se infere da leitura da exordial. Logo, é evidente que o pretendido esclarecimento não seria de nenhuma valia à resolução meritória da lide, razão por que também sob tal aspecto a pretensão não medra.

Por fim, também não é necessário que o perito esclareça “o peso e o tamanho do feto ao nascer”, pois a informação é incontroversa e

consta de documentação fornecida pelo próprio nosocômio, o que se vê no documento de fl. 31.

A desnecessidade de complementação do laudo pericial não pode ser equivocadamente confundida com o alegado cerceamento de defesa, pois está visto que as partes tiveram amplas condições de produzir provas, sejam documentais, sejam testemunhais, seja ainda pericial. Ademais, apresentaram quesitos e indicaram assistentes, participaram de toda a dilação probatória, compareceram à audiência instrutória e manifestaram-se por alegações finais, de modo a não terem tido ceifado o direito à ampla defesa.

Vale observar que o juiz é o destinatário das provas e, portanto, tem o poder-dever de reunir substrato probatório suficiente à prolação da sentença, indeferindo as medidas desnecessárias e determinando a realização daquelas indispensáveis à resolução da lide (cf. Apelação Cível n. 2011.065147-8, de Balneário Camboriú, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 8-9-2011). Aliás, na hipótese, a complexidade da demanda exigiu ampla dilação probatória, e o processo foi adequadamente conduzido pelo Juízo sentenciante, que ao final da tramitação do processo na origem reunia condições de prolatar a sentença de mérito, sem prejuízo aos direitos constitucionalmente protegidos dos litigantes à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV).

À vista disso, o segundo agravo retido também merece ser conhecido, porém desprovido.

Das razões de apelo

Preliminarmente, o Apelante suscita inépcia da inicial e violação ao princípio da congruência, em face do pedido genérico formulado na exordial para condenação do Réu ao pagamento de “danos futuros que possam, ainda, emergir em virtude de tal ato” (fl. 14), o que, segundo a Juíza sentenciante, traduziu-se em condenação a “custear as despesas

referentes ao tratamento médico do segundo autor relacionadas às lesões sofridas no seu parto, incluindo-se dentre essas despesas as decorrentes de locomoção e estadia do menor e de seu acompanhante” (fl. 523).

Embora os Autores tenham pedido a condenação do Réu ao pagamento de “danos futuros”, a exegese da petição inicial e da narrativa fática nela contida revela a pretensão ao custeamento do tratamento médico necessário à reabilitação do J. ou, caso observada a impossibilidade do total restabelecimento da criança, à minimização das consequências gravosas decorrentes do parto traumático a que foi submetido.

Da fl. 5 da petição exordial, aliás, extrai-se a fundamentação do pedido de indenização pelos “danos futuros”, que nada mais são do que a condenação ao custeamento do tratamento, *verbis*:

Conforme documentos anexos as consultas vêm sendo constantes, iniciando-se em 2001 até os dias atuais, onde, na data de 22/05/2001 - FOI INTERNADO para uma cirurgia para um implante de nervos das pernas nos braços - fotos e doc. anexos.

[...]

Todavia, neste dado momento verifica-se a necessidade da realização de nova cirurgia (ainda não agendada) para tentar a recuperação do membro afetado (fl. 5).

O pedido é viável, mormente diante da constatação de que “a indenização decorrente de ato ilícito deve ser a mais abrangente possível, incluindo as quantias necessárias ao perfeito restabelecimento físico da vítima” (Apelação Cível n. 2008.028508-0, de Blumenau, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 28-10-2010).

Além disso, também é sabido que,

Não cessando as consequências do ilícito na data de sua ocorrência, deverá o ofensor indenizar a vítima de todos os tratamentos médicos futuros, indispensáveis à recuperação ou melhora do quadro clínico do ofendido, limitada a repetição desses valores aos limites da tabela de honorários da Associação Médica Brasileira (Apelação Cível n. 2009.016320-6, de Chapecó, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, j. 21-06-2011).

Não se desconhece que “Os pedidos inaugurais constituem-se em delimitadores da tutela jurisdicional, de modo que devem guardar correlação com a sentença, respeitando-se o princípio da congruência, nos termos dos arts. 128 e 460, do Código de Processo Civil” (Apelação Cível n. 2010.082767-2, de Campos Novos, rel. Des. Gerson Cherem II, j. 24-10-2013). Contudo, na hipótese, havendo pedido de custeamento de tratamento necessário ao restabelecimento ou minimização das consequências impostas à vítima, ainda que sob o título “despesas futuras”, não se observa nenhuma incongruência entre a pretensão exordial e a sentença increpada, que respeita integralmente o disposto nos artigos 128 e 460, do Código de Processo Civil. Logo, também não se está diante de sentença *ultra* ou *extra petita*, pois a Juíza sentenciante, como visto, ateve-se aos limites da inicial.

É que, como se sabe,

Tanto quanto tudo o que se exprime da peça de ingresso deve ser sopesado, e não apenas o que se encontra no capítulo destinado aos pedidos finais, o requerimento equivocadamente direcionado a uma outra pretensão deve ser inserido dentro do contexto normativo escoreito, visto que ater-se à mera interpretação gramatical do texto quando o instituto apontado refere-se, lógica e naturalmente, a outro revela interpretação simplória (Apelação Cível n. 2010.058843-3, da Capital, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 12-09-2013).

De mais a mais, a Apelante manifestou-se sobre todos os temas suscitados pelos Autores, impugnando também o pedido de custeamento do tratamento, o que se extrai do item IV da contestação (fls. 85/101), a afastar alegação de nulidade por cerceamento de defesa, mormente à mímica de prejuízo à defesa do Réu (CPC, art. 249, 1º). Afinal, “A moderna concepção do direito processual civil não permite que se declare a nulidade de atos processuais sem a cabal demonstração do efetivo prejuízo” (Apelação Cível n. 2011.071317-0, de Lages, rel. Des. Jânio Machado, j. 21-11-2013).

Adentrando-se, finalmente, no mérito do recurso de apelação interposto pelo Hospital Nossa Senhora da Conceição, é necessário lembrar que a instituição defendeu a impossibilidade de responsabilização pelos atos do médico, por não ser seu preposto ou funcionário.

Afirmou, também, que a lide gravita em torno do procedimento adotado pelo profissional da saúde, de modo a inexistir justificativa plausível para que o nosocômio integre a lide na condição de Réu, o que pode levar tanto à improcedência dos pedidos quanto à extinção do processo por carência de ação, na modalidade ilegitimidade passiva. Com efeito, os temas de responsabilização do Nosocômio e de sua legitimidade para residir no polo passivo da lide, em verdade, confundem-se, de modo a impossibilitar o exame isolado de cada um dos argumentos. Merece atenção, entretanto, a tese de defesa do Hospital, ao defender a inexistência de um dos pressupostos da caracterização da responsabilidade – a culpa, ao alegar que o parto pela via alta não era mais adequado à condição da paciente Autora. Logo, a instituição médica concluiu pela inexistência de erro no ato médico, mormente por ser a distócia de ombro evento imprevisível e incomum, indetectável mediante exames anteriores ao parto, e, por assim dizer, uma fatalidade.

Porém não é exagero lembrar, que a demanda em exame submette-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, pois aforada por consumidor na acepção do termo (CDC, art. 2º) contra o fornecedor de serviços de que trata o artigo 3º do Código Consumerista.

A legislação citada estabelece, como regra, a responsabilização objetiva do fornecedor ou prestador de serviço, e é nesse norte que a jurisprudência pacífica desta Corte tem se manifestado:

O erro ou mau procedimento médico representa um defeito na prestação do serviço por parte do profissional e do hospital, pelo que, tendo em vista a relação de consumo existente, deve ser aplicada a legislação consumerista, o que atrai a incidência do art. 14 do CDC. É, portanto, objetiva a responsabilidade civil da entidade hospitalar (responde como prestadora do serviço),

e subjetiva a responsabilidade civil do médico (responde pessoalmente como profissional liberal). Não altera o regime jurídico de responsabilidade civil a circunstância de o serviço ter sido prestado por médico plantonista remunerado pelo SUS.

[...] (Apelação Cível n. 2010.077215-7, de Criciúma, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 15-08-2013).

A Lei n. 8.078/1990, de seu turno, garante a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, admitindo a possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos do inciso III do artigo 6º, preenchidos os requisitos da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência, não só econômica como técnica, inversão que, no caso em tela, foi deferida em saneador (fls. 188/194), em conformidade com a jurisprudência da Casa:

A hipossuficiência não se revela apenas nos aspectos financeiros, mas também na infinita incapacidade técnica para fazer prova dos fatos constitutivos do direito alegado, de tal modo que é facultado ao magistrado contornar os ditames do art. 333, inc. I, do CPC, compelindo o médico ou estabelecimento hospitalar a provar convincentemente a ausência de responsabilidade pelo dano reclamado (Apelação Cível n. 2012.091483-0, de São Bento do Sul, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 05-12-2013).

Por outro lado, é sabido que a distócia de ombro é evento improvável, de baixa ocorrência estatística, e, no mais das vezes, imprevisível, demandante de ação rápida e segura do médico a fim de desembaraçar o ato de expulsão do feto, muitas vezes como causa de lesão física ao bebê, a fim de evitar danos seguramente mais graves, como a falta de oxigenação cerebral e até mesmo a morte. Aliás, não são raros os casos submetidos à apreciação do Judiciário em que, pela demora na realização do parto, seja em razão de indecisão pelo método adequado, seja em razão de algum tipo de distócia não resolvida a tempo e modo adequados, o feto experimenta danos irreversíveis (cf. Embargos Infringentes n. 2012.058819-2, de Balneário Camboriú, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 13-02-2013; Apelação Cível n. 2011.031189-7, de São José, rel. Des. Jaime Ramos, j.

27-09-2012; Apelação Cível n. 2010.053466-7, da Capital, rel. Des. Cid Goulart, j. 07-12-2010, entre outros).

Na hipótese, entretanto, o objeto da lide é delimitado: a leitura atenta da petição exordial revela que os Autores questionam a negligência do Hospital Apelante, que não disponibilizou, como deveria, profissional da saúde devidamente habilitado e competente para decidir pela necessidade de realização de parto pela via alta, além do descontentamento com os primeiros socorros prestados ao recém-nascido após o diagnóstico de “fratura do terço médio da clavícula”, “provável distensão de plexo braquial” e “traumatismo de nervo não especificado ao nível do ombro e do braço”, todos decorrentes da distócia de ombro.

Conclui-se, assim, não se estar diante de controvérsia acerca dos danos causados pelas manobras necessárias ao desencravamento do feto do canal vaginal, estas absolutamente necessárias à manutenção da vida do recém-nascido; o que se analisa é a atuação do hospital Apelante na condução do evento, abrangendo a falta de cuidados dispensados à paciente durante a internação e a ausência de pessoal qualificado para decidir a melhor maneira de proceder ao parto, além dos primeiros socorros dispensados ao bebê após o nascimento.

Percorrendo tal linha de raciocínio, salienta-se que, segundo a tese exordial e documentos de fls. 22 e 23 anexados ao processo, o período gestacional transcorreu sem obstáculos, até os primeiros sinais de que a gestante entrara em trabalho de parto, observado às 14h30min do dia 27 de novembro de 2000, quando deu entrada no Nosocômio Apelante, nos termos da ficha de identificação de fl. 24 e do relatório de evolução clínica de fls. 25 e 27.

O relatório de fl. 27 demonstra que, três horas depois, às 17h30min, a gestante continuava em trabalho de parto. E indica, ademais, a ocorrência de “parto normal C/GMCD” às 2h25min da madrugada do dia 28 de novembro de 2000, seguido por informações de que a parturiente “pas-

sou bem sem queixas” (fl. 27). Além disso, o documento intitulado “ficha de controle de parturientes”, anexado à fl. 28, também relata a evolução do trabalho de parto, culminando na realização de parto normal.

Em nenhum dos documentos citados foi aposta a assinatura do médico obstetra Fábio Alexandre Messer, mas apenas da parteira, Lourdes de Fátima, o que se alinha à tese exordial de que o profissional liberal não participou da evolução do quadro da parturiente e do parto propriamente dito, apesar de ser, na ocasião do evento, o obstetra plantonista.

Ao contestar, o Hospital Apelante insistiu em que o médico obstetra foi quem realizou o procedimento e as manobras necessárias à liberação do feto diante da distócia, mencionando, para tanto, que a prova estaria nos “documentos em anexo” (fl. 73). Contudo, a peça contestatória foi acompanhada somente de documentação relativa ao estatuto da instituição e de sua condição financeira, como se infere dos documentos de fls. 106/137.

Também corrobora a narrativa dos Autores por ausência do documento denominado partograma, imprescindível à correta identificação dos procedimentos dispensados à parturiente e à individualização dos atos praticados durante o trabalho de parto. Ou seja, trata-se de indispensável instrumento de controle do nosocômio, que traduz o monitoramento clínico do trabalho de parto e fornece os elementos necessários à escolha do melhor procedimento.

O Ministério da Saúde tem valiosa publicação acerca do tema, de onde se extrai importante ensinamento acerca da indispensabilidade do partograma:

Na realidade, vários aspectos devem estimular o aprendizado do uso do partograma na assistência clínica ao parto, considerando ainda que a OMS tornou obrigatório o partograma nas maternidades desde 1994. O seu uso facilita o acompanhamento do trabalho de parto por principiantes e a passagem de plantão do pré-parto, favorecendo também a utilização racional de ocitócicos e analgesia. Dessa forma, o uso do partograma deverá interferir

sobretudo na elevada incidência de cesáreas sem indicação obstétrica. Sua utilidade também é valorizada pelo diagnóstico precoce das distócias e suas respectivas intervenções. (Parto, Aborto e Puerpério – assistência humanizada à mulher. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p. 45).

E segue:

O partograma é um verdadeiro retrato de corpo inteiro da evolução de determinado parto. A importância do partograma confirma-se quando, num momento definido, avaliamos a evolução do parto como um todo: a dilatação cervical, a descida da apresentação, a posição fetal, a variedade de posição, a frequência cardíaca fetal, as contrações uterinas, a infusão de líquido e a analgesia. O exame completo de todas essas variáveis permite conhecer a evolução do parto e dos fatores etiológicos responsáveis pela sua evolução normal ou anormal.

Identificada a distócia no partograma e reconhecida sua etiologia, a orientação terapêutica será lógica e eficaz. Sem dúvida, a utilização do partograma melhora a qualidade da assistência clínica ao parto, devendo ser incluído na rotina das maternidades. (*ob. cit.*, p. 63).

Páblito Miguel Andrade de Aguiar, respeitado médico ginecologista, também leciona acerca da indispensabilidade do instrumento citado:

O partograma é uma representação gráfica e objetiva do trabalho de parto. Mostra, entre outros dados, a evolução da dilatação do colo e a descida da apresentação, associando dois elementos fundamentais na qualidade da assistência ao parto: A simplicidade gráfica e a interpretação rápida de um trabalho de parto.

Há que se lançar mão do partograma, tão somente, quando a parturiente estiver na fase ativa do trabalho de parto. PHILPOTT (1972), para fins práticos, definiu seu início no momento em que: o colo encontra-se apagado, a dilatação atinge 03 cm e a contratilidade uterina é regular (mínimo = 02/10).

Na fase latente ou pródromos de trabalho de parto, utilizar a folha de evolução onde devem ser anotados dados clínicos obstétricos, bem como o motivo do internamento. Importante nunca esquecer o dia, hora, e setor do hospital em que foi feita a evolução inicial e subsequentes. Evoluções bem situadas no tempo e espaço serão de grande valia para complementar uma rápida interpretação do partograma.

É, portanto, de importância incontestável, o correto preenchimento do partograma para o bom andamento do serviço, na sala de parto e demais setores. (<http://www.meac.ufc.br/arquivos/biblioteca_cientifica/Filé/PROTOCOLOS%20OBSTETRICIA/obstetriciaabril2013/obstetriciacap18.Pdf>, acesso em 7-2-1014).

E complementa o respeitado médico:

O seu emprego facilita o ensino da arte obstétrica e melhora a qualidade da assistência na sala de parto, ao transformar a conduta intuitiva em números, em ciência, em previsão, levando-nos a tomar condutas mais fundamentadas (idem, grifou-se).

A ausência de partograma, documento essencial à melhor prestação do serviço médico-hospitalar, como visto, corrobora a narrativa exordial, uma vez que não se pode identificar e individualizar com precisão, em decorrência da desídia do nosocômio, os procedimentos dispensados na ocasião do parto de J..

Não é demais sublinhar que, ao que tudo indica,

[...] o médico obstetra de sobre-aviso/plantão naquele dia, responsável pelo parto, chegou na sala de parto após o nascimento do menino J.. Assim sendo, até prova em contrário, parece que houve negligência e imprudência médica. Imprudência por não ter sido melhor avaliada a gestante e negligência por não ter sido acompanhada em todo o seu trabalho de parto (não há no prontuário médico um documento denominado PARTOGRAMA de responsabilidade médica e que registra o acompanhamento de todo o trabalho de parto que prove o contrário) e por não estar na sala de parto na hora do nascimento do menino J. (laudo pericial, fl. 278).

Há que se destacar que a relação em exame é de natureza consumerista e foi determinada a inversão do ônus da prova em saneador (fls. 188/194), a autorizar a conclusão de que é do Apelante o ônus de demonstrar a adoção, por meio de seu corpo clínico, de técnicas adequadas à consecução do ato médico, incluindo o correto acompanhamento do período pré-parto a partir da internação da parturiente, seja por gozar

de conhecimento científico necessário ao ato, seja porque os Autores consumidores estão em posição de vulnerabilidade e hipossuficiência, inclusive probatória. Entretanto, o Hospital Apelante não demonstrou, como se esperava, o adequado acompanhamento do quadro clínico da parturiente por médico qualificado, especialmente dada a ausência do partograma, nem demonstrou que a decisão pelo parto pela via baixa foi tomada, efetivamente, pelo médico plantonista, que, segundo a narrativa exordial, não acompanhou o parto. Logo, deixou de observar o disposto nos artigos 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor e 333, II, do Código de Processo Civil, mormente porque detinha totais condições de produzir as provas de que se trata.

Humberto Theodoro Júnior leciona a respeito:

O sistema de partilha do ônus da prova previsto no art. 333 é estático e rígido. Na experiência da vida, entretanto, constata-se que as causas disputadas em juízo nem sempre permitem uma satisfatória separação de fatos constitutivos e fatos extintivos de direito em compartimentos estanques. Não poucas vezes o acesso à verdade real por parte do juiz fica comprometido ou prejudicado se mantiver o esquema de apreciação do litígio rigorosamente imposto no momento de concluir a instrução processual, e de enfrentar o julgamento do mérito segundo a fria aplicação das presunções que haveriam de defluir da literalidade do art. 333.

Daí ter-se, modernamente, formado um entendimento, com trânsito doutrinário e jurisprudencial, segundo o qual, nas ações de responsabilidade civil, sobretudo em situações de prestação de serviços técnicos como o dos médicos, dentistas e outros de grande complexidade, é de admitir-se um abrandamento no rigor da distribuição do ônus da prova traçado pelo art. 333 do CPC. Fala-se em distribuição dinâmica do ônus probatório, por meio da qual seria, no caso concreto, conforme a evolução do processo, atribuído pelo juiz o encargo de prova à parte que detivesse conhecimentos científicos ou informações específicas sobre os fatos discutidos na causa, ou, simplesmente, tivesse maior facilidade na sua demonstração. Com isso, a parte encarregada de esclarecer os fatos controvertidos poderia não ser aquela que, de regra, teria de fazê-lo. É necessário, todavia, que os elementos já disponíveis no

processo tornem verossímil a versão afirmada por um dos contendores e que o juiz, na fase de saneamento, ao determinar as provas necessárias (art. 331, § 2º), define também a nova responsabilidade pela respectiva produção.

Não se trata de revogar o sistema de direito positivo, mas de complementá-lo à luz de princípios inspirados no ideal de um processo justo, comprometido sobretudo com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional.” (Curso de direito processual civil. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I, p. 432).

E mais: ainda que, hipoteticamente, admitisse-se a presença do médico obstetra plantonista Fábio Alexandre Messer na sala de parto, é incontroverso que o profissional não acompanhou a evolução do trabalho desde a internação de Rosana Machado Martins Antônio. Tal acompanhamento, como visto, fazia-se absolutamente necessário, pois era a percepção da evolução clínica da paciente que, estreme de dúvida, forneceria os indícios necessários à decisão de realizar o parto pela via alta – procedimento de cesariana –, ou pela via baixa. Isso porque a importantíssima decisão depende de inúmeros e conhecidos fatores, tais como a anatomia da parturiente, a dilatação do canal vaginal, o peso e o tamanho do feto e sua proporcionalidade com a pelve da mãe e a evolução da condição da parturiente, entre outros.

A esse respeito, a resposta do perito judicial ao primeiro quesito:

Embora a medicina não seja ciência exata e em obstetria duas ou mais gestações e partos não são iguais, tendo-se em mente as palavras do Dr. Pedro Pablo Chacel, eminente obstetra do Distrito Federal e membro do Conselho Federal de Medicina que diz que “num parto não existem prognósticos e sim diagnósticos sucessivos, coisas que se vêem ao longo da evolução do trabalho de parto e quando surge qualquer anormalidade o obstetra terá que intervir, teoricamente a via de parto escolhida, após minucioso exame da paciente em início de trabalho de parto, verificando-se cuidadosamente as medidas da sua bacia óssea, o tamanho do feto, correlacionando-se esse tamanho do feto com a bacia óssea, certificando-se da permeabilidade da bacia examinada para o ta-

manho daquele feto e examinando-se outros parâmetros, segundo a medicina baseada em evidências para uma terceira gravidez com dois partos normais anteriores, desde que se tenha absoluta segurança, é a vaginal (fl. 272, grifou-se).

Tais diagnósticos e constatações, obviamente, deveriam ter sido realizados pelo profissional adequado, afinal “o médico obstetra tem que ter conhecimento suficiente para diagnosticar a tempo uma desproporção entre o tamanho do feto e a bacia óssea materna, principalmente durante o trabalho de parto, que é dinâmico” (idem). Entretanto, não há prova nenhuma de que o médico obstetra plantonista – ou nenhum outro, diga-se – tenha efetivamente acompanhado a evolução do quadro clínico da parturiente ao longo de 12 (doze) horas, desde sua internação às 14h30min do dia 27-11-2014, por absoluta desídia probatória do Réu Apelante. Ao que parece, e a incerteza prejudica somente ao Recorrente, a parturiente foi acompanhada, a partir da internação, somente pela parteira (Lurdes de Fátima) e pela auxiliar de enfermagem (Terezinha Mazzuco), profissionais que, ainda que competentes, não detinham formação necessária à análise do quadro e à escolha do procedimento adequado.

O tema, aliás, é objeto da Lei n. 7.498/1986:

Artigo 11. O Enfermeiro exerce todas as atividades de enfermagem, cabendo-lhe:

[...]

Parágrafo único. Às profissionais referidas no inciso II, do art. 6º [Obstetritz ou Enfermeira Obstétrica] desta Lei incumbe, ainda:

- a) a assistência à parturiente e ao parto normal;
- b) identificação das distocias obstétricas e tomada de providências até a chegada do médico;
- c) realização de episiotomia e episiorrafia e aplicação de anestesia local, quando necessária (grifou-se).

Seguramente, foi a omissão no atendimento da Autora que impediu que se optasse pela melhor forma de conduzir o parto, e o fato prejudica

a tese de defesa do Nosocômio Apelante, pois é seu o dever de fiscalizar o mister dos profissionais da área da saúde em suas dependências, por meio de seu Corpo Clínico, como leciona Sílvia de Liz Waltrich Bernardi:

Justifica-se tal responsabilidade haja vista que, quando um médico tem a intenção de trabalhar junto a um estabelecimento hospitalar, em regra, tem que ser aceito pelo Corpo Clínico, que é o grupo de médicos que labora junto àquela casa.

Esse Corpo Clínico possui um diretor clínico que é um médico a representá-lo, fiscalizá-lo e a responder, juntamente com o diretor técnico, perante o Conselho Regional de Medicina pelo descumprimento dos princípios éticos, ou por deixar de assegurar condições técnicas de atendimento, sem prejuízo da apuração penal ou civil (Lei n. 3.999, de 15 de dezembro de 1961, resolução CFM n. 1.342, de 08/08/94 e Resolução CFM n. 1445/94” (op. cit. p. 81).

Com efeito, a Resolução n. 011/95 da CREMESC prevê que dentre as atribuições do Diretor Clínico estão: “a) dirigir, coordenar e orientar o Corpo Clínico da Instituição; b) supervisionar a execução das atividades de assistência médica na instituição; c) zelar pela fiel observância do Código de Ética Médica; d) promover e exigir o exercício ético da medicina” (BERNARDI, Sílvia de Liz Waltrich. A prática médica e o Código de Defesa do Consumidor. Curitiba: Genesis, 2000, p. 81 in corpo da Apelação Cível n. 2005.000232-2, de Canoinhas, Relator: Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL, j. Em 08.05.2007, deste Tribunal) (Embargos Infringentes n. 2012.058819-2, de Balneário Camboriú, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 13-2-2013).

Assim, por desídia do hospital Apelante, que não se desincumbiu do ônus que lhe impõe o artigo 333, II, do Código de Processo Civil, interpretado conjuntamente com o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, a Câmara não dispõe de elementos probatórios suficientes para rejeitar a tese exordial de que a negligência do Hospital configurou-se diante da ausência de médico obstetra durante a evolução clínica e o procedimento de parto. Não há discordar, portanto, da conclusão judicial guerreada, segundo a qual

[...] a presença do obstetra na sala de partos poderia ter evitado os danos causados ao requerente, por ser o profissional presumidamente mais qualificado para a prática de partos de maior complexidade.

[...]

Dessarte, por qualquer ângulo que se analise a questão, chega-se à conclusão de que a conduta do nosocômio demandado foi contrário ao direito, portanto ilícita, vez que permitiu a delegação de procedimento médico de alta complexidade (parto distócio) à parteira que, por sua vez, não estava habilitada a realizar tal procedimento, colocando em risco a integridade física e a própria vida da parturiente e da sua prole, devendo, por isso, ser responsabilizado pelos eventuais danos decorrentes de sua conduta (fl. 510).

Bem vista que está a necessidade de responsabilização do Apelante por negligência já esmiuçada, resta analisar os pedidos sucessivos de redução do valor condenatório por danos morais e improcedência dos danos materiais.

Em relação ao *quantum* indenizatório por danos morais, impõe-se concluir que o valor arbitrado é insuficiente à reparação da lesão anímica que se apresenta. Em verdade, como se verá a seguir, é necessária a majoração da quantia condenatória a esse título, mas o tema, por ser objeto do apelo dos Autores, será melhor examinado na próxima etapa do acórdão. Por ora, basta dizer que, se insuficiente o valor condenatório arbitrado na origem, nenhuma razão há para agasalhar o pedido de redução.

Quanto aos danos materiais, consubstanciados na condenação do Apelante ao custeamento do tratamento necessário ao restabelecimento de J. ou à minoração das lesões que o acometem, importa dizer que a obrigação deve ser mantida.

Como se sabe, “a indenização decorrente de ato ilícito deve ser a mais abrangente possível, incluindo as quantias necessárias ao perfeito restabelecimento físico da vítima” (Apelação Cível n. 2008.028508-0, de Blumenau, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 28-10-2010).

Além disso, também é sabido que,

Não cessando as consequências do ilícito na data de sua ocorrência, deverá o ofensor indenizar a vítima de todos os tratamentos médicos futuros, indis-

pensáveis à recuperação ou melhora do quadro clínico do ofendido, limitada a repetição desses valores aos limites da tabela de honorários da Associação Médica Brasileira. (Apelação Cível n. 2009.016320-6, de Chapecó, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, j. 21-06-2011).

A preocupação da Apelante com a falta de limitação do valor das despesas na sentença increpada não tem por que existir, uma vez que os gastos eventualmente necessários ao restabelecimento de J. deverão ser comprovados na fase de execução, ocasião em que poderão ser impugnados caso revelem abusividade ou se distanciem do comando judicial, nos termos do artigo 475 do Código de Processo Civil.

Demais disso, a condenação ao pagamento de gastos com locomoção e estadia de acompanhante “do menor”, tal como lançada na sentença (fl. 523), já pressupõe a extinção da obrigação quando J. alcançar a maioridade, ocasião em que adquire a capacidade para todos os atos da vida civil. Tal condenação, é preciso ressaltar, não revela excesso (*ultra petita*) ou desconformidade (*extra petita*) com o pedido exordial, não sendo mais do que desdobramento lógico da narrativa e do pedido de condenação do Réu ao pagamento de “danos futuros”.

Por último, anota-se que a benesse da justiça gratuita é conferida pelo ordenamento jurídico vigente a quem, comprovadamente, não tenha condições de arcar com as despesas processuais para o exercício de seus direitos.

Esta Corte de Justiça tem entendido que, para a concessão do benefício da Justiça Gratuita a pessoas jurídicas sem fins lucrativos, tal como acontece com as empresas com fins lucrativos, é necessária a comprovação da hipossuficiência financeira da Entidade, conforme segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - DEMANDANTE ENTIDADE FILANTRÓPICA - NÃO COMPROVAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS - PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA INDEFERIDO - MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU - RECURSO DESPROVIDO.

O art. 5o, inciso LXXIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, não faz distinção entre as pessoas naturais e as jurídicas quanto à concessão dos benefícios relativos à assistência judiciária gratuita, razão pela qual a outorga das benesses previstas na Lei n. 1.060, de 05.02.50, dependerá, tão-somente, da efetiva situação financeira da Requerente.

Ausente a demonstração da insuficiência de recursos, não pode ser deferido o pedido de assistência judiciária gratuita, ainda que a Recorrente seja entidade filantrópica. (Agravo de Instrumento n. 2003.003798-5, de Concórdia, rel. Des. Ricardo Fontes, j. 20-11-2003).

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO - PEDIDO DE ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - ENTIDADE FILANTRÓPICA - LEI N. 10.977/1998 - NORMA INAPLICÁVEL AO CASO - HIPOSSUFICIÊNCIA DA POSTULANTE NÃO DEMONSTRADA - JUSTIÇA GRATUITA NEGADA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

A isenção de que trata o art. 1º da Lei n. 10.977/1998 é de custas e emolumentos decorrentes de atos notariais e de registros de entidades filantrópicas e não de despesas judiciais relativas a atos forenses.

Para a concessão do benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica, é necessária a demonstração de sua precária situação financeira e de que o pagamento das despesas processuais lhe trará dificuldades de manutenção. A ausência de fins lucrativos e a existência de certificado de filantropia, por si sós, não tem o condão de autorizar a gratuidade pleiteada. (Apelação Cível n. 2005.011277-1, de Itajaí, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 10-8-2009).

Além disso, esta Corte já firmou o entendimento de que o recolhimento do preparo recursal é ato contrário ao pedido de isenção de custas, pois indica que a parte possui condições financeiras de arcar com o pagamento das despesas processuais, conclusão também corroborada pela constituição de advogado, tal como na hipótese.

Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. ALIMENTOS E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS EM FAVOR DE EX-COMPANHEIRO. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. - PRELIMINARES. JUSTIÇA GRATUITA. CONS-

TITUIÇÃO DE PROCURADOR E RECOLHIMENTO DE PREPARO. INDEFERIMENTO.

A orientação deste Tribunal é no sentido de que a constituição de procurador e o recolhimento do preparo recursal são indícios da capacidade econômica da parte, afastando-a das condições exigíveis ao deferimento da benesse, notadamente na ausência de elementos outros a indicar o contrário. Precedentes [...] (Apelação Cível n. 2012.063700-0, de Balneário Camboriú, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 1º-11-2012).

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARTICULAR E PAGAMENTO DE PREPARO. CIRCUNSTÂNCIAS INDICATIVAS DA POSSIBILIDADE DE ARCAR COM AS DESPESAS PROCESSUAIS E COM OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. (TJSC, Apelação Cível n. 2003.024721-1, de Capinzal, rel. Desª. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 6-6-2006).

[...] Se a parte deixou evidenciado possuir condições financeiras suficientes, a ponto de arcar com honorários de seu advogado e efetuar o recolhimento do preparo do recurso, não se pode concebê-la necessitada e hipossuficiente, justificando-se o indeferimento do benefício da assistência judiciária gratuita. (Apelação Cível n. 2002.007324-0, da Capital, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 29-8-2002).

Dessa forma, rejeita-se o pedido de concessão da justiça gratuita.

Em razão do exposto, conhece-se parcialmente do apelo do réu Hospital Nossa Senhora da Conceição e, nesta fração, dá-se-lhe parcial provimento, apenas para a redistribuição dos ônus sucumbenciais, conforme será visto ao final do voto.

Do apelo dos Autores, Rosana Machado Martins Antônio e J. M. A.

Primeiramente, esclarece-se que o apelo deve ser conhecido somente em parte. É que o pedido de condenação do Réu ao pagamento de pensão mensal vitalícia com fundamento na redução da capacidade laboral de J., por tratar-se de inovação recursal, não pode sequer ser examinado. Veja-se que, na exordial, o fundamento do pedido de pensionamento foi a necessidade de submissão do autor J. a tratamento médico-hospitalar adequado:

Com o ato ilícito praticado, o menor vem submetendo-se a um tratamento precário e sem assistência adequada (por falta de condições financeiras), muitas vezes tendo de esperar dias inteiros, bem como por filas e listas para ser atendido no hospital.

Observando-se neste dado momento que o menor pára muitas vezes ao caminhar e sente-se cansado, sempre pedindo colo e permanecendo na maior parte do tempo sentado. Tem-se ainda o medo de ter sido afetado algo com suas pernas por terem sido retirados os nervos citados anteriormente, necessitando consultar com outros especialistas para verificar-se o que realmente está ocorrendo.

Assim, diante das circunstâncias acima mencionadas, forçoso é reconhecer a imprescindibilidade de fixação e pensão mensal no importe de 02 (dois) salários mínimos mensais, para um tratamento adequado com o menor, principalmente nesta fase de desenvolvimento rápido dos músculos e demais membros do corpo (fls. 7/8).

O pedido de custeamento das despesas médico-hospitalares foi deferido em primeiro grau e a procedência foi mantida em sede de recurso, como já visto. Sucede que, no apelo, os Recorrentes inovaram, ao dar nova paginação ao pedido de pensionamento, alegando tratar-se de compensação pela redução da incapacidade laboral:

[...] durante o trâmite processual ficou comprovado pelo perito (fato novo ao processo) de que haverá de forma vitalícia a redução da capacidade física e motora do Apelante, motivo pelo qual o pensionamento mensal requerida é medida que se impõe, como forma de amenizar as perdas consequentes do ato ilícito ocorrido nos autos.

[...]

Ainda, como a redução da capacidade laborativa nestes casos é presumida, e, o pedido de pagamento de pensão é atrelado ao custeio futuro de tratamentos médicos e fisioterápicos, faz-se necessário o arbitramento de pensão mensal ao Apelante (fl. 519).

Evidencia-se, portanto, a inovação recursal, consubstanciada na alteração da causa de pedir da pretensão de pensionamento, a impedir

o conhecimento do pedido nos termos em que está posto, sob pena de violação do princípio da estabilização da demanda, conclusão roborada por inúmeros precedentes jurisprudenciais:

A inclusão, no apelo, de matéria não discutida e decidida na origem constitui alteração da causa de pedir e, por consequência, inovação recursal, a qual, por força das restrições impostas pelo efeito devolutivo, não pode ser examinada pela instância ad quem. (Apelação Cível n. 2013.032574-4, de Rio do Sul, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 12-12-2013).

[...] 2. A alteração da causa de pedir em sede de apelação configura inovação recursal e viola o princípio da estabilidade do processo, impondo-se o não conhecimento das respectivas razões recursais.

[...] (Apelação Cível n. 2011.088764-0, de São José, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 17-10-2013).

Ao recorrente é defeso formular novo pedido na instância recursal ou, ainda, reprisar o pleito sob outro fundamento (arts. 515 e 517 do CPC), sob pena de supressão de instância, não devendo ser conhecida, portanto, a tese de usucapião constitucional deduzida no apelo” (Apelação Cível n. 2005.040687-4, de Rio do Oeste, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 9-10-2009).

A inovação dos fundamentos e fatos da lide, em sede recursal, é inadmissível, violando os princípios da estabilização da lide e do duplo grau de jurisdição, além de configurar deslealdade processual, na medida em que obstaculiza a defesa da parte adversa, salvo comprovação da parte de que deixou de fazê-lo por motivo de força maior, inócurrenente na hipótese (Apelação Cível n. 2008.019680-0, de Navegantes, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 22-10-2010).

Não se conhece do pedido de pensionamento mensal, portanto.

Quanto à fração do apelo de que se conhece, destaca-se que os Autores almejam a reforma parcial da sentença, inicialmente, para a procedência do pedido de custeamento de perineoplastia. Relativamente a isso, é necessário reportar-se ao teor do laudo pericial, que não corrobora a narrativa exordial. O perito afirmou a *possibilidade* de as lesões decorrerem do parto pela via normal noticiado na exordial, mas como

a Autora já conta outros dois partos pela via baixa antecedentes a este, não há como afirmar que a lesão perineal decorreu especificamente dos eventos ora analisados.

Extrai-se da resposta do experto ao quesito 6, letra c (fl. 277), *verbis*:

A autora Rosana pede a realização de uma cirurgia de perineoplastia. Pergunta-se: o problema da autora é decorrente do parto do autor J. ou é consequência dos partos naturais que a mesma teve em sua vida?

A resposta do perito a tal questionamento foi a seguinte:

Na situação atual fica impossível determinar se havia alguma lesão perineal prévia antes do parto do autor J., pois a lesão atual sobrepõe as anteriores, caso houvessem. Para se ter certeza absoluta se havia lesão perineal prévia teria que se ter examinado a paciente antes do parto do menino J., o que no momento atual é totalmente impossível. Assim sendo, como o parto do menino J. foi um parto traumático, fica-se com essa hipótese para lesão perineal atual apresentada pela autora.

A Autora poderia ter trazido à colação exames anteriores que demonstrassem a ausência de lesão ou, ainda, provado que os partos antecedentes transcorreram na normalidade, afastando, assim, a noção de que a lesão poderia ter decorrido de eventos pretéritos a este. Contudo, a ausência de prova nesse sentido não favorece o direito da Autora, pois, ainda que se esteja diante da inversão probatória, não se pode imputar ao Hospital o ônus de produzir prova negativa, ou seja, de que o parto não causou a lesão alegada.

Assim, embora a constatação de “ruptura perineal com colpo de cisto e retoccele de 1º grau” (fl. 276), nada há a provar a origem da lesão, ou seja, não há comprovação de nexo de causalidade entre o dano e o procedimento.

Da mesma forma, o prolapso genital noticiado pela Autora, popularmente conhecido como “bexiga caída”, é “consequência natural da ruptura dos músculos anteriores do períneo nas pacientes que estão na fase de vida sexual ativa (na menacme) e causa principal são os trauma-

tismos de parto. E também pode ocorrer na menopausa só que a causa deixa de ser os traumatismos de parto” (fl. 277). Ou seja, também aqui não se evidenciou onexo causal entre a lesão e o parto traumático, mormente porque o dano pode originar-se até mesmo de outras causas além do parto normal, como atestado pelo perito judicial. Assim, não há como reformar a sentença nesse tocante, razão pela qual deve ser mantida a improcedência do pedido de custeamento da perineoplastia.

Quanto ao valor indenizatório por danos morais, também objeto do apelo dos Autores, que almejam sua majoração, é necessário ressaltar que, na origem, a verba indenizatória foi arbitrada em R\$ 60.000,00. A quantia, entretanto, revela-se insuficiente à reparação do grave dano.

Não desconsiderando o grau de subjetivismo incidente à fixação do valor indenizatório, o dano moral deve seguir uma projeção do fato, alinhado às condições do ofensor e do ofendido, o tipo e a forma da lesão, com as repercussões e consequências na vida da parte atingida. Além disso, a fixação deve considerar, também, a capacidade financeira das partes, de forma a alcançar uma dimensão punitiva, considerando todas as peculiaridades que possam atenuar ou agravar a atuação do infrator.

Nesse caminho, este Tribunal já decidiu:

[...] Os critérios de fixação da reparação por dano moral, por serem bastante subjetivos e subordinados às peculiaridades de cada caso concreto, merecem ser observados sob a ótica da justa reparação ao ofendido, devendo, no entanto, servir para coibir nova prática ofensiva, sem que exceda o limite da punição a ponto de causar grave prejuízo econômico ao ofensor ou permita o enriquecimento sem causa do ofendido [...] (Apelação Cível n. 2013.006655-8, de Camboriú., rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 18-7-2013).

[...] O valor a ser arbitrado a título de dano moral deve ter como parâmetro a extensão do abalo sofrido pelo lesado, sem, contudo, configurar enriquecimento ilícito, considerada, ainda, a finalidade repressiva ao ofensor [...]. (Apelação Cível n. 2008.039571-4, de Brusque, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 1º-7-2010).

É patente que a fixação de um valor indenizatório há de corresponder, tanto quanto possível, à situação socioeconômica de ambas as partes, sem perder de vista a necessidade de avaliação da repercussão do evento danoso no dia a dia da vítima. (Apelação Cível n. 2007.007857-8, de Tubarão, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 28-10-2010).

A respeito do tema, na doutrina, destaca-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 (Dano moral: doutrina, jurisprudência e prática. Campinas: Agá Juris, 2000. p. 45).

Para Carlos Alberto Bittar, no mesmo norte:

A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante. (*In*: *Reparação Civil por Danos Morais*, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 220).

E, como bem se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

Em se tratando de dano moral, cada caso se reveste de características específicas, refletidas subjetivamente na fixação da indenização, tendo em vista a ob-

servância das circunstâncias do fato, as condições do ofensor e do ofendido, o tipo de dano, além das suas repercussões no mundo interior e exterior da vítima (AgRg no Resp n. 1150463/RS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 15-3-2012).

No caso em análise, o Autor J. conta hoje 13 anos de idade e tem de conviver com incapacidade parcial permanente, sem chance de restabelecimento, conforme atestou o perito do Juízo:

O autor J. M. A. apresenta paralisia parcial do membro superior direito com encurtamento do referido membro em relação ao esquerdo e rotação interna permanente do antebraço e mão direita determinando invalidez parcial e permanente do membro superior direito (fl. 276).

A lesão de que se trata é de grande gravidade, mormente porque representou, na vida da vítima, incapacidade irreversível e permanente, ainda que parcial, além de dor física e trauma psicológico, diante da anormalidade de seu corpo. Ademais, é de se destacar que o dano acompanhará a vítima por toda sua vida, por haver exsurvido no momento do seu nascimento, com reflexo negativo sobre seu desenvolvimento como infante.

O Hospital, omissivo no atendimento da parturiente e negligente ao delegar a importantíssima tarefa a pessoas sem conhecimento técnico-científico adequado, não pode esquivar-se do dever de indenizar, diante de seu atuar faltoso. Assim, sopesadas tanto as condições econômicas e financeiras das partes envolvidas como a posição da pessoa atingida, em conjugação com o agravo que a atinge, o valor arbitrado na origem (R\$ 60.000,00) deve ser majorado para R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), por melhor alinhar-se às peculiaridades da espécie e apresentar-se em congruência com precedentes deste Órgão Fracionário.

Os juros de mora contabilizam-se desde o evento danoso, ou seja, desde a data do parto (28-11-2000), e a correção monetária deve incidir a partir desta majoração, nos termos das Súmulas 54 e 362 do Superior Tri-

bunal de Justiça, respectivamente. Tais alterações, em que pese estarem sido promovidas *ex officio*, não importam em *reformatio in pejus*, pois os consectários legais são temas de ordem pública, que podem ser revistos a qualquer tempo, independentemente de provocação.

É o que se infere dos precedentes a seguir:

Embargos de declaração. OBSCURIDADE E OMISSÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. OPERADORA DE TELEFONIA. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. REDEFINIÇÃO *EX OFFICIO*. ACOLHIMENTO.

Não se há cogitar violação ao princípio da *reformatio in pejus* a alteração dos índices dos juros de mora e da correção monetária uma vez que ao modificar a sentença ao julgador se outorga, igualmente, a possibilidade de adequar os consectários legais visto tratar-se de matéria de ordem pública [...] (Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2010.086945-0, de Rio do Sul, rel.^a Des.^a Sônia Maria Schmitz, j. 16-12-2013).

[...] 1. Os juros de mora e a correção monetária constituem matéria de ordem pública, motivo pelo qual é permitida a revisão dos seus termos iniciais, bem como dos índices aplicáveis, *ex officio*, pelo julgador. [...] (Apelação Cível n. 2013.066313-2, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 26-11-2013).

[...] CONSECTÁRIOS LEGAIS. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ADEQUAÇÃO *EX OFFICIO*. CORREÇÃO MONETÁRIA PELA TAXA SELIC A PARTIR DO ARBITRAMENTO. JUROS DE MORA DESDE O EVENTO DANOSO. EXEGESE DA SÚMULA 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Apelação Cível n. 2013.029848-5, da Capital, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 09-07-2013).

Por fim, não se justifica a pretendida condenação do Réu à constituição de capital, pois não se está diante da hipótese prevista no artigo 475-Q do Código de Processo Civil. Afinal, somente “aquele que for responsabilizado pelo ato ilícito e condenado a pagar pensão mensal deve constituir capital como forma de assegurar o cumprimento da prestação, independente da sua situação econômica” (Apelação Cível n. 2009.053234-6, de Otacílio Costa, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 20-09-2012).

Assim, o requerimento de redistribuição dos ônus sucumbenciais, realizado pelo Hospital Apelante, em razão do decaimento de parte dos pedidos pelos Autores merece, todavia, guarida, não em razão da fixação de danos morais em valor inferior ao pretendido na exordial, pois o pedido é de natureza estimativa (cf. Apelação Cível n. 2013.076676-8, de Blumenau, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 05-12-2013), mas sim por conta do não-acolhimento dos pedidos de condenação ao custeamento de perineoplastia e pensionamento mensal, responsáveis pelo decaimento de metade dos pedidos exordiais (CPC, art. 21):

Havendo sucumbência recíproca, as despesas judiciais e os honorários advocatícios devem ser rateados entre as partes, à inteligência do art. 21, caput, do CPC (Apelação Cível n. 2008.061320-3, de Joinville, rel. Des. Subst. Stanley da Silva Braga, j. 27-1-2011).

Nesse norte, condena-se o nosocômio Apelante ao pagamento de 50% das custas processuais, mantendo-se a imposição ao pagamento de verba honorária correspondente a 15% do valor condenatório, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, em interpretação conjunta com o artigo 21 do mesmo diploma legal.

Aos Autores tocará o pagamento das custas processuais remanescentes, além de honorários advocatícios que, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, arbitrados em R\$ 5.000,00, suspensa a exigibilidade da cobrança nos termos do artigo 12 da Lei n. 1.060/1950.

O pedido de compensação da verba honorária não pode ser acolhido, por tratar-se de verba de caráter alimentar e pertencente ao advogado, conforme o artigo 23 da Lei Federal n. 8.906/94 e precedentes desta Corte:

[...] COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERDAÇÃO. VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR CORROBORADO COM O ART. 23 DA LEI N. 8.906/94. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Cível n. 2010.008930-6, de Itajaí, rel. Des. Rejane Andersen, j. 22-9-2011).

Ante todo o exposto: (a) dá-se provimento ao agravo retido interposto pelo litisdenunciado Fábio Alexandre Messer para extinguir a lide secundária sem resolução de mérito (CPC, art. 267, VI), prejudicado o exame das razões do segundo agravo retido e do apelo; (b) nega-se provimento a ambos os agravos retidos interpostos pelo Réu Hospital Nossa Senhora da Conceição; (c) conhece-se apenas parcialmente do apelo do Réu Hospital Nossa Senhora da Conceição e, nesta fração, provê-se-o parcialmente, para determinar a redistribuição dos ônus sucumbenciais; (d) conhece-se apenas parcialmente do apelo dos Autores e, nesta extensão, dá-se-lhe parcial provimento, apenas para majorar o valor indenizatório por danos morais; e, (e) de ofício, altera-se o termo inicial de incidência de juros moratórios e correção monetária incidentes sobre o valor indenizatório por danos morais.

Esse é o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 2014.079130-0, de Itajaí

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

RESPONSABILIDADE CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO NÃO LEVADA A REGISTRO. EFETUADA JUNTO AO DETRAN AVERBAÇÃO DO AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO CONTRA O VENDEDOR (ART. 615-A DO CPC). POSTERIOR CELEBRAÇÃO DE ACORDO NA AÇÃO EXECUTIVA. PERDA DO OBJETO PRINCIPAL DOS EMBARGOS DE TERCEIRO. IRRESIGNAÇÃO DO EMBARGANTE APENAS QUANTO AO ALEGADO DANO MORAL PELA RESTRIÇÃO DO AUTOMÓVEL. INSUBSISTÊNCIA. ATO NÃO EQUIVALENTE À PENHORA. POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO DO BEM. ABALO ANÍMICO NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE QUALQUER SITUAÇÃO CONSTRANGEDORA. MERO ABORRECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. ÔNUS QUE CABIA AO EMBARGANTE. EXEGESE DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O ser humano está sujeito a situações adversas, dia-a-dia depara-se com problemas e dificuldades que, até serem resolvidos, podem gerar desconforto, decepção ou desgosto. Todavia, isso não caracteriza o dano moral, que pressupõe um efetivo prejuízo causado à honra ou à imagem da pessoa.

2. Não há que se cogitar em responsabilidade civil por ato ilícito e reparação de danos sem comprovação dos requisitos insculpidos no art. 186 do atual Código Civil. Ademais, é da dicção do art. 333, I, do Código de Processo Civil que incumbe ao autor o ônus da prova acerca dos fatos constitutivos de seu direito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.079130-0, da comarca de Itajaí (1ª Vara Cível), em que é apelante Joventil Camargo da Silva, e apelado Vilmar José Fernandes:

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, 16 de dezembro de 2014.

Marcus Túlio Sartorato
RELATOR

RELATÓRIO

Adota-se o relatório da sentença recorrida que é visualizado à fl. 59, por revelar com transparência o que existe nestes autos, e a ele acrescenta-se que o MM. Juiz de Direito, Doutor Ricardo Rafael dos Santos, decidiu a lide nos seguintes termos (fl. 64):

Pelo exposto:

a) julgo extinto o pedido principal, concernente à manutenção do embargante na posse do bem objeto dos embargos e ao levantamento da restrição supostamente realizada, sem resolução do mérito (art. 267, VI, CPC), pela perda superveniente do objeto. Como corolário disso, revogo a liminar deferida às fls. 32-33.

b) julgo improcedente o pedido acessório de condenação do embargado ao pagamento de danos morais, com fulcro no artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Condene o embargante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes que fixo em R\$ 800,00 nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, suspensos em virtude do deferimento dos benefícios da justiça gratuita.

Inconformado, o embargante interpôs recurso de apelação (fls. 68/71), no qual alega que sofreu abalo moral em virtude da penhora de seu veículo. Assevera que não foi possível realizar o licenciamento e a transferência de propriedade, uma vez que estava pendente a restrição, e por isso,

deixou de trafegar com o automóvel. Sustenta que tais problemas ultrapassaram o mero aborrecimento. Destarte, postula a reforma da sentença para que seja julgado procedente o pedido de indenização por danos morais.

Em contrarrazões (fls. 78/82), o embargado pugna pela manutenção do veredicto.

VOTO

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) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente*” (Código Civil anotado, Saraiva, 1999, 5ª ed., p. 169).

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 responde 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 consequências, 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 presente a subjetividade do ilícito (Responsabilidade civil nas atividades perigosas, *in* Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência, 1988, p. 93-5).

No caso em tela, Joventil Camargo da Silva opôs embargos de terceiro, alegando que sofreu turbação da posse do veículo GM/S10, placas KNN 5129, em virtude do registro de ação judicial efetuado no DETRAN pelo exequente, ora embargado, relativo ao art. 615-A do Código de Processo Civil, o qual teria impedido a transferência, o licenciamento e a alienação do bem.

Compulsando-se os autos, é possível verificar que, efetivamente, o embargante é terceiro de boa-fé, pois adquiriu o veículo do executado em 14.06.2008 (fl. 17), ou seja, antes do ajuizamento daquela demanda pelo exequente em 17.09.2008 (fl. 02 – execução em apenso).

Celebrado acordo na ação executiva, os embargos de terceiro perderam o objeto quanto à sua finalidade principal, restando a análise do pleito de indenização por danos morais, que foi julgado improcedente pelo Magistrado *a quo*.

Alega o embargante que sofreu abalo psicológico em virtude da restrição pendente sobre o veículo, que impediu o livre exercício do direito de propriedade e até mesmo a circulação com o automóvel, diante das pendências relativas ao pagamento de taxas de licenciamento e de transferência.

Porém, não restou evidenciado o dano moral sofrido, uma vez que a situação narrada constitui apenas mero aborrecimento do cotidiano. O embargante teve três meses para efetuar a transferência de propriedade do veículo antes do ajuizamento da ação executiva, justamente para evitar problemas desta natureza, mas permaneceu inerte.

Por outro lado, embora autorizada a penhora do automóvel (fls. 100/101), esta não foi efetivada, conforme certidão do oficial de justiça

(fl. 109). Houve apenas averbação no DETRAN relativa ao art. 615-A do Código de Processo Civil, que permite o registro da existência de ação judicial contra o proprietário. Ademais, não foi comprovada pelo embargante a impossibilidade de transferência de propriedade, de pagamento das taxas e de circulação do veículo.

Conclui-se, portanto, que apesar do perigo de lesão, o dano moral em si não ocorreu ante a inexistência de prejuízo, uma vez que o embargante não logrou demonstrar qualquer consequência gravosa ao seu crédito ou à sua moral. É evidente que passou por transtornos e inquietações até resolver o caso, mas isso não pode ser objeto de indenização, sob pena de se favorecer a tão falada “indústria do dano moral”.

O ser humano está sujeito a situações adversas, dia-a-dia depara-se com problemas e dificuldades que, até serem resolvidos, podem gerar desconforto, decepção ou desgosto. Todavia, isso não caracteriza o dano moral, que pressupõe um efetivo prejuízo causado à honra ou à imagem da pessoa.

A propósito, em casos semelhantes, assim decidiu esta Corte:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SUSCITADO CERCEAMENTO DE DÉFESA ANTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRETENDIDA A PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE ELEMENTOS DE PROVA, ESPECIALMENTE DOCUMENTAL, SUFICIENTES AO PLENO CONVENCIMENTO DO JULGADOR. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NESTA CORTE DE JUSTIÇA. INSURGÊNCIA CONTRA O INDEFERIMENTO DA PROEMIAL DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM NA SENTENÇA. ATO JUDICIAL QUE SOMENTE REITERA A DETERMINAÇÃO DE ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO RELATIVO À MESMA LIDE. PRECLUSÃO EVIDENCIADA. PRELIMINARES AFASTADAS. INSURGÊNCIA DOS RÉUS QUANTO À CONDENAÇÃO À REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS POR TEREM DEIXADO DE EFETIVAR A TRANSFERÊNCIA DO VEÍCULO. SITUAÇÃO JÁ EQUACIONADA ANTE A CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. ADEMAIS, CONSTA-SE EFETIVAMENTE MERO ABORRECIMENTO DIANTE DO

INADIMPLENTO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER SITUAÇÃO CONSTRANGEDORA. NÃO COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO MORAL. ÔNUS QUE CABIA À AUTORA. EXEGESE DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. 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. A preclusão é a perda de uma faculdade processual seja em razão do seu não exercício dentro do prazo previsto (preclusão temporal), da simples prática do ato (preclusão consumativa), ou da realização de outro ato incompatível com aquele anteriormente pretendido (preclusão lógica). 3. O ser humano está sujeito a situações adversas, dia-a-dia depara-se com problemas e dificuldades que, até serem resolvidos, podem gerar desconforto, decepção ou desgosto. Todavia, isso não caracteriza o dano moral, que pressupõe um efetivo prejuízo causado à honra ou à imagem da pessoa. 4. Não há que se cogitar em responsabilidade civil por ato ilícito e reparação de danos sem comprovação dos requisitos insculpidos no art. 186 do atual Código Civil. Ademais, é da dicção do art. 333, I, do Código de Processo Civil que incumbe ao autor o ônus da prova acerca dos fatos constitutivos de seu direito. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.045096-5, de São Bento do Sul, deste Relator, com votos vencedores do Exmo. Des. Fernando Carioni e da Exma. Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 14-08-2012).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MORA NA BAIXA DA RESTRIÇÃO JUDICIAL, VIA RENAJUD, POR PARTE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ABALO QUE NÃO ULTRAPASSA A ESFERA DO MERO ABORRECIMENTO. DEVER DE COMPENSAR RECHAÇADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. *“Para que se reconheça a indenização moral não basta a ocorrência de transtornos do dia a dia, em função de situações indesejáveis. O dano, para ser reparado, há de ser tal que atinja sentimentos como honra, dignidade e equivalentes. Condenação a qualquer momento, acaba*

por banalizar este importante instituto trazido pela Carta Federal de 1988” (TJSC, Ap. Cív. n. 2011.035895-0, de Itajaí, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. em 17-2-2011). (TJSC, Apelação Cível n. 2012.059455-9, de Santa Rosa do Sul, rel. Des. Fernando Carioni, com votos vencedores deste Relator e da Exma. Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 04-09-2012).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C. INDENIZAÇÃO POR DANO DE CUNHO MORAL. DEMANDANTE QUE SE DIZ OFENDIDA EM RAZÃO DA MANUTENÇÃO DE RESTRIÇÃO JUDICIAL AVERBADA À MARGEM DO REGISTRO DE PROPRIEDADE DO SEU AUTOMÓVEL NO DETRAN. DEMORA DA BAIXA DO GRAVAME QUE TERIA INVIABILIZADO A EMISSÃO DO CERTIFICADO DE REGISTRO E LICENCIAMENTO DO VEÍCULO, OBSTACULIZANDO, AINDA, A SUA RESPECTIVA COMERCIALIZAÇÃO. ABSOLUTA AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO DE PROVA CAPAZ DE EVIDENCIAR QUE EVENTUAL INTENÇÃO DE NEGOCIAR O AUTOMÓVEL TENHA SIDO PREJUDICADA EM RAZÃO DA PERMANÊNCIA DA RESTRIÇÃO, DEPOIS DE SATISFEITA A DÍVIDA. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER INDÍCIO DE QUE A SITUAÇÃO VIVENCIADA TENHA ULTRAPASSADO O LIMITE DO MERO ABORRECIMENTO, RESULTANDO EM ABALO ANÍMICO PASSÍVEL DE REPARAÇÃO PECUNIÁRIA. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. RECLAMO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.051587-9, de Araranguá, rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. 31-10-2013).

Ora, cabia ao embargante demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, à luz do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Acerca o ônus da prova, ensina Ovídio A. Baptista da Silva:

O autor só poderá dar consistência objetiva à sua pretensão em juízo fazendo afirmações sobre a existência de fatos e a pertinência deles a uma relação jurídica. Enquanto ele afirma, deve naturalmente provar as afirmações que faz. Assim também o réu se, ao defender-se, tiver necessidade de fazer afirmações em sentido contrário. O réu poderá, certamente, limitar-se a negar os fatos afirmados pelo autor e esperar que este tente demonstrar a sua veracidade. Se o réu limitar-se a simples negativa, sem afirmar a existência de outros fatos incompatíveis com aqueles afirmados pelo autor, nenhum ônus de prova lhe

gravará; se, todavia, também ele afirma fatos tendentes a invalidar os fatos afirmados pelo autor, caber-lhe-á o ônus de provar os fatos afirmados (Teoria Geral do Processo, RT, 2002, 3ª ed. p. 300).

A respeito do tema, colhe-se da doutrina:

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente” (Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, Forense, 1999, 26ª ed., v. 1, p. 423).

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 (*quaestiones facti*), 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.

[...]

O critério para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação — ensina CARNELUTTI — é o do interesse da própria afirmação. Cabe provar — escreve ele — a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas (Moacyr Amaral Santos, Primeiras linhas de direito processual civil, Saraiva, 1997, 18ª ed., v. II, pp. 343-4 e 346).

A função de toda atividade probatória é fornecer ao julgador os elementos por meio dos quais ele há de formar o seu convencimento a respeito dos fatos controvertidos no processo. [...] Sempre, no entanto, que esta investigação sobre pessoas ou coisas, inclusive documentos, exigir conhecimentos técnicos especiais da pessoa encarregada de fazê-lo, estaremos frente à necessidade de prova pericial (Ovídio A. Baptista da Silva, Curso de Processo Civil, RT, 2003, 6ª ed., p. 383).

Em situações semelhantes, decidiu esta Corte:

É da dicção do art. 333, I, do Código de Processo Civil que incumbe ao autor o ônus da prova acerca dos fatos constitutivos de seu direito, sob pena de inacolhimento de sua pretensão (TJSC, Apelação Cível n. 2012.055319-9, de Biguaçu, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, com votos vencedores dos Exmos Sr. Des. Fernando Carioni e Maria do Rocio, j. 28-08-2012).

O processo civil pátrio, salvo algumas exceções, orienta-se pelo princípio dispositivo, por isso que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, relativamente à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333 do CPC, incisos I e II). Daí ser fácil apreender que destoa do sistema permitir-se o deferimento de pretensões embasadas em meras conjecturas, carecedoras de aparato probatório hábil a lhes dar sustentação (TJSC, Apelação Cível n. 2012.029180-4, de Balneário Camboriú, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, com votos vencedores deste relator e do Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, j. 31-07-2012).

No direito processual civil, cabe ao autor a comprovação, de forma indelével, do fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 333, I, do Código de Processo Civil (TJSC, Apelação Cível n. 2011.033459-6, de Navegantes, rel. Des. Fernando Carioni, com votos vencedores dos Exmos. Srs. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta e Saul Steil, j. 28-06-2011).

Logo, ausente qualquer dos pressupostos enumerados no art. 186 do Código Civil, precipuamente a prova do dano moral, ônus que cabia ao embargante nos termos do art. 333, I, do *Codex* Processual, não pode prosperar a responsabilização civil do embargado na esfera moral.

Ante o exposto, vota-se pelo desprovimento do recurso.

Apelação Cível n. 2014.083816-5, de Brusque

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

CONSUMIDOR. AÇÃO REDIBITÓRIA. SUSCITADA A DECADÊNCIA DO DIREITO DO AUTOR. CIRCUNSTÂNCIA NÃO VERIFICADA. PRAZO DE NOVENTA DIAS INICIADO APENAS COM A CIÊNCIA INEQUÍVOCA ACERCA DO ALEGADO VÍCIO. EXEGESE DO ART. 26, § 3º, DO CDC. PRELIMINAR AFASTADA. COMPRA E VENDA DE AUTOMÓVEL USADO. POSTERIOR CONSTATAÇÃO DE QUE O BEM JÁ ESTEVE ENVOLVIDO EM SINISTRO COM DANOS PARCIAIS. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO CONSTITUI VÍCIO OCULTO POIS INCAPAZ DE DIMINUIR O VALOR DO BEM OU PREJUDICAR SUA UTILIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DA RÉ DE INFORMAR ACERCA DO HISTÓRICO DE ACIDENTES ENVOLVENDO O VEÍCULO. ALEGADO PREJUÍZO DIANTE DA NEGATIVA DE SEGURADORAS EM EFETUAR O SEGURO DO VEÍCULO. NÃO COMPROVAÇÃO. ÔNUS QUE CABIA AO AUTOR. EXEGESE DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DO AUTOR NÃO CONFIGURADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O vício redibitório é um defeito oculto existente na coisa negociada, que acarreta na diminuição do seu valor ou prejudica a sua utilização. Por conta disso, o adquirente pode rejeitá-la ou pleitear o abatimento do preço, bem como obter indenização por perdas e danos caso comprovado que o alienante possuía conhecimento do problema.

2. Não há que se cogitar em responsabilidade civil por ato ilícito e reparação de danos sem comprovação dos requisitos insculpidos no art. 186 do atual Código Civil. Ademais, é da dicção do art. 333, I, do Código de Processo Civil que incumbe ao autor o ônus da prova acerca dos fatos constitutivos de seu direito.

3. A configuração da litigância de má-fé exige fortes indícios de atuação dolosa ou culposa da parte e prejuízo processual para a parte contrária, componentes que dispensam a produção de provas, consoante a clareza e literalidade das hi-

póteses inculpidas no art. 17 do Código de Processo Civil, todavia ausentes na situação em exame.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.083816-5, da comarca de Brusque (Vara Cível), em que é apelante Gilmar de Souza, e apelada Santa Paulina Strasbourg Veículos Ltda:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, afastar a preliminar suscitada em contrarrazões 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, 16 de dezembro de 2014.

Marcus Túlio Sartorato
RELATOR

RELATÓRIO

Adota-se o relatório da sentença recorrida que é visualizado à fl. 76, por revelar com transparência o que existe nestes autos, e a ele acrescenta-se que a MM.^a Juíza de Direito, Doutora Claudia Ribas Marinho, julgou improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor da causa, no entanto, com exigibilidade suspensa ante a concessão do benefício da justiça gratuita.

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação (fls. 79/89), no qual alega que não importa se no sinistro envolvendo o veículo houve perda total ou parcial, mas sim, que tal vício oculto foi omitido pela ré no momento da compra e venda. Assevera, ainda, que por este motivo, seguradoras se negaram a celebrar contrato de seguro do veículo. Diante desses argumen-

tos, postula a reforma da sentença para determinar a rescisão do contrato e condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Em contrarrazões (fls. 95/120), a ré suscita como preliminar a configuração da decadência. No mérito, pugna pela manutenção do veredicto e pela condenação do autor ao pagamento de multa e indenização por litigância de má-fé.

VOTO

1. Inicialmente, há que se reconhecer a relação de consumo existente entre as partes, as quais se enquadram no conceito de consumidor e fornecedor de serviços, estatuídos nos artigos 2º e 3º, respectivamente, do Código de Defesa do Consumidor. Prescrevem mencionados dispositivos que “*consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”, e que “*fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços*”.

No tocante à decadência, disciplina o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

§ 2º Obstat a decadência:

I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito (sem grifo no original).

Da análise dos autos, constata-se que o vício oculto alegado pelo autor é a existência de sinistro anterior envolvendo o automóvel objeto da compra e venda. O documento colacionado para comprovar tal acidente de trânsito é datado de 24.01.2013 (fls. 21/23) e a ação foi protocolada em 13.02.2013 (fl. 02), ou seja, menos de um mês depois. Assim, do momento da ciência do vício até o ajuizamento da demanda, não se esgotou o prazo de 90 (noventa) dias estabelecido pela norma legal supracitada.

Salienta-se que o fato do autor ter admitido na inicial que suspeitava da existência de vício oculto não enseja o início da contagem do prazo decadencial, uma vez que para tanto, é necessária a ciência inequívoca acerca do problema.

Portanto, afasta-se a preliminar suscitada pela ré em contraminuta.

2. O vício redibitório é um defeito oculto existente na coisa negociada, que acarreta na diminuição do seu valor ou prejudica a sua utilização. Por conta disso, o adquirente pode rejeitá-la ou pleitear o abatimento do preço, bem como obter indenização por perdas e danos caso comprovado que o alienante possuía conhecimento do problema.

Sobre o tema, ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

O principal aspecto a ser considerado é, precisamente, portanto, o fato de este vício ser oculto, recôndito, ou seja, não aparente.

Se for aparente, não se tratará de vício redibitório.

Nosso sempre lembrado e muito querido mestre CAIO MÁRIO, ao defini-lo, afirma, com absoluta precisão, tratar-se de um 'defeito oculto de que é portadora a coisa objeto de contrato comutativo, que torna imprópria ao uso a que se destina, ou lhe prejudica sensivelmente o valor'.

E mais adiante, arremata: 'Não se aproxima ontologicamente o conceito de vício redibitório da ideia de responsabilidade civil. Não se deixa perturbar a

sua noção com a indagação da conduta do contraente, ou apuração da sua culpa, que influirá, contudo, na gradação dos respectivos efeitos, sem aparecer como elementar de sua caracterização’.

Quanto a essa última afirmação do culto jurista, razão lhe assiste inteiramente.

Essencialmente, o vício redibitório aproxima-se muito mais de uma causa de dissolução contratual do que propriamente do sistema de responsabilidade civil, muito embora a parte prejudicada tenha o direito de ser devidamente indenizada.

[...]

Nota-se, outrossim, que esse defeito deverá acompanhar a coisa, quando da sua tradição.

Sim, porque o vício é posterior à aquisição da coisa, ou seja, se a causa do defeito operou-se já quando a res estava em poder do adquirente, por má-utilização ou desídia, este nada poderá pleitear.

Neste diapasão, poderíamos, assim, elencar os seguintes elementos caracterizadores ou requisitos do vício redibitório:

- A) a existência de um contrato comutativo (translativo da posse e da propriedade da coisa);
- B) um defeito oculto existente no momento da tradição;
- C) a diminuição do valor econômico ou o prejuízo à adequada utilização da coisa (Novo Curso de Direito Civil, v. IV. 2ª ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 183-184).

No caso vertente, constitui fato incontroverso que, em 08.02.2012 (fl. 20), o autor celebrou com a ré contrato de compra e venda do automóvel usado Ford Focus Sedan 1.6, placa DST9719, ano 2005/2006, pelo valor de R\$ 26.500,00 (vinte e seis mil e quinhentos reais).

Alega o autor que a ré agiu de má-fé ao omitir, no momento da contratação, que o veículo era sinistrado, informação esta que influenciaria diretamente na conclusão da avença. Assevera que tal circunstância constitui vício oculto e lhe trouxe prejuízo, pois não obteve sucesso na contratação de seguro ante a negativa de várias empresas seguradoras.

Com efeito, verifica-se que o automóvel realmente esteve envolvido em sinistro anterior à celebração do negócio, cuja perda não foi total (fls. 21/23). Todavia, a informação acerca de tal fato não é determinante para a celebração da compra e venda, ou seja, não diminui o valor da coisa ou a torna imprópria para o uso.

É natural que veículos usados tenham sido alvo de acidente de trânsito com danos parciais, ainda mais no presente caso, em que o bem tinha 7 (sete) anos de uso e 62.660 (sessenta e dois mil, seiscentos e sessenta) quilômetros rodados (fl. 20).

Por outro lado, o autor não comprovou a alegada negativa de seguradoras em efetuar o seguro do seu veículo. Ademais, se essas empresas não realizassem seguro de carros batidos, iriam à falência, pois constitui uma exceção o automóvel que nunca sofreu avarias.

Ora, cabia ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, à luz do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Acerca do ônus da prova, ensina Ovídio A. Baptista da Silva:

O autor só poderá dar consistência objetiva à sua pretensão em juízo fazendo afirmações sobre a existência de fatos e a pertinência deles a uma relação jurídica. Enquanto ele afirma, deve naturalmente provar as afirmações que faz. Assim também o réu se, ao defender-se, tiver necessidade de fazer afirmações em sentido contrário. O réu poderá, certamente, limitar-se a negar os fatos afirmados pelo autor e esperar que este tente demonstrar a sua veracidade. Se o réu limitar-se a simples negativa, sem afirmar a existência de outros fatos incompatíveis com aqueles afirmados pelo autor, nenhum ônus de prova lhe gravará; se, todavia, também ele afirma fatos tendentes a invalidar os fatos afirmados pelo autor, caber-lhe-á o ônus de provar os fatos afirmados (Teoria Geral do Processo, RT, 2002, 3ª ed. p. 300).

A respeito do tema, colhe-se da doutrina:

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurí-

dicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente (Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, Forense, 1999, 26ª ed., v. 1, p. 423).

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 (*quaestiones facti*), 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.

[...]

O critério para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação — ensina CARNELUTTI — é o do interesse da própria afirmação. Cabe provar — escreve ele — a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas (Moacyr Amaral Santos, Primeiras linhas de direito processual civil, Saraiva, 1997, 18ª ed., v. II, pp. 343-4 e 346).

A função de toda atividade probatória é fornecer ao julgador os elementos por meio dos quais ele há de formar o seu convencimento a respeito dos fatos controvertidos no processo. [...] Sempre, no entanto, que esta investigação sobre pessoas ou coisas, inclusive documentos, exigir conhecimentos técnicos especiais da pessoa encarregada de fazê-lo, estaremos frente à necessidade de prova pericial (Ovídio A. Baptista da Silva, Curso de Processo Civil, RT, 2003, 6ª ed., p. 383).

Em situações semelhantes, decidiu esta Corte:

É da dicção do art. 333, I, do Código de Processo Civil que incumbe ao autor o ônus da prova acerca dos fatos constitutivos de seu direito, sob pena de inacolhimento de sua pretensão (TJSC, Apelação Cível n. 2012.055319-9, de Biguaçu, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, com votos vencedores dos Exmos Sr. Des. Fernando Carioni e Maria do Rocio, j. 28-08-2012).

O processo civil pátrio, salvo algumas exceções, orienta-se pelo princípio dispositivo, por isso que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, relativamente à existência de fato im-

peditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333 do CPC, incisos I e II). Daí ser fácil apreender que destoa do sistema permitir-se o deferimento de pretensões embasadas em meras conjecturas, carecedoras de aparato probatório hábil a lhes dar sustentação (TJSC, Apelação Cível n. 2012.029180-4, de Balneário Camboriú, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, com votos vencedores deste relator e do Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, j. 31-07-2012).

No direito processual civil, cabe ao autor a comprovação, de forma indelével, do fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 333, I, do Código de Processo Civil (TJSC, Apelação Cível n. 2011.033459-6, de Navegantes, rel. Des. Fernando Carioni, com votos vencedores dos Exmos. Srs. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta e Saul Steil, j. 28-06-2011).

Logo, ausente a prova do vício redibitório, ônus que cabia ao autor nos termos do art. 333, I, do *Codex* Processual, não podem prosperar os pleitos de rescisão contratual e de indenização por danos materiais e morais.

3. Por derradeiro, no tocante à manifestação da ré, em suas contrarrazões, sobre a litigância de má-fé do autor, tem-se que para sua configuração devem estar presentes fortes indícios de atuação dolosa ou culposa da parte e prejuízo processual para a parte contrária.

É bem verdade que a doutrina e a jurisprudência têm entendido que a boa fé se presume e a má-fé há que estar provada, conforme a lição de Pontes de Miranda:

Presume-se de boa-fé quem vai litigar, ou está litigando, ou litigou. Tal presunção somente pode ser elidida in casu e quando haja má-fé, propriamente dita; a apreciação do exercício abusivo do direito tem que partir daí (Comentários ao código de processo civil, Forense, 1973, tomo I, p. 385).

Sobre o assunto, da jurisprudência desta Corte colaciona-se os entendimentos que seguem:

Só há litigância de má-fé quando evidenciado o propósito de prejudicar. Presume-se que os litigantes estejam sempre de boa fé (AC n.º 37.876, Des. Amaral e Silva).

É litigante de má-fé, consoante a conceituação defluída de nosso sistema processual, 'a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária' (Cf. Nelson Nery Jr. *et al*, CPC Comentado, 2ª Ed. RT, 1.996, pág. 367) (AC n.º 1996.010526-3, Des. Pedro Manoel Abreu).

Entretanto, deve-se concluir como litigante de má-fé a parte que inobservar as disposições do art. 17 e seus incisos do Código de Processo Civil, hipóteses, por sinal, que por sua clareza e literalidade, dispensam a produção de provas, mesmo porque, de difícil reunião.

Aliás, quisesse o legislador infraconstitucional que restasse devidamente comprovado o dolo ou a culpa para o reconhecimento da litigância de má-fé, teria incluído no dispositivo em comento tais exigências, o que, *data venia*, não se verifica.

Todavia, na hipótese, em verdade, não restaram evidenciados os requisitos autorizadores da condenação do autor ao pagamento de multa por litigância de má-fé, uma vez que sua atuação não passou do simples exercício do direito de ação e de recorrer.

4. Ante o exposto, vota-se no sentido de afastar a preliminar suscitada em contrarrazões e, no mérito, negar provimento ao recurso.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 2013.076687-8, de Indaial

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO. PLEITO FORMULADO PELOS TIOS-AVÓS DE INFANTE RECÉM-NASCIDO A ELAS ENTREGUE PELA MÃE BIOLÓGICA. ADOÇÃO “DIRETA”, “DIRIGIDA”, “PRONTA” OU “*INTUITU PERSONAE*”. BURLA AO CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO (CUIDA/CNA). INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO CAPAZ DE AUTORIZAR, NO CASO, A PREVALÊNCIA DA CONSANGUINIDADE SOBRE A ORGANIZAÇÃO CRONOLÓGICA DO SISTEMA DE ADOÇÃO VIGENTE. FAMÍLIA EXTENSA QUE, NO EXÍGUO PERÍODO NO QUAL PERMANECEU COM O INFANTE, CONTRARIANDO A PREDISPOSIÇÃO INICIAL E OS INTERESSES DOS DEMAIS FAMILIARES, IMPÔS SEVERAS RESTRIÇÕES À MÃE BIOLÓGICA E À AVÓ MATERNA NO QUE TANGE À VISITAÇÃO, TÃO-LOGO A CRIANÇA NASCEU. ACENTUADA CONFLITUOSIDADE DAS RELAÇÕES FAMILIARES. INVIABILIDADE DA ADOÇÃO DIRIGIDA (ARTS. 28 A 30 E 39 A 50 DO ECA, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 12.010/09, E PROVIMENTOS NS. 05, 12, 13 E 15/2005 DA CGJ/TJSC). CRIANÇA QUE, ALIÁS, JÁ FOI ADOTADA POR CASAL CONSTANTE DA LISTA OFICIAL DE PRETENDENTES POR SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. PRECEDENTES DA CORTE. MANIFESTAÇÃO DO MPSC NO MESMO SENTIDO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

Em tema de ação de adoção, não se tratando de hipótese excepcional na qual seja aconselhável a manutenção do vínculo consanguíneo com o bebê — em razão da exiguidade do período de convivência e, sobretudo, da acentuada conflituosidade existente entre os membros da família extensa e a genitora biológica no tocante à própria entrega do infante —, deve ser rejeitada a pretensão de adoção “dirigida” formulada pelos tios-avós, pessoas não cadastradas nos programas estadual e nacional de adoção (CUIDA/CNA), pois o

pleito esbarra não apenas nos rigores da legislação aplicável como é manifestamente contrário aos interesses indisponíveis da criança.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.076687-8, da comarca de Indaial (1ª Vara Cível), em que são apelantes A. T. e outro e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

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 Joel Figueira Júnior e Desembargador Mariano do Nascimento.

Florianópolis, 18 de setembro de 2014.

Eládio Torret Rocha
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Sentença lançada pela magistrada Mônica Elias de Lucca Pasold indeferiu a petição inicial e julgou extinto o pedido formulado na ação de adoção n. 031.13.002631-0, da comarca de Indaial, ajuizada por A. T. e D. R. Z., tendo como pretense adotando o infante G. V., em razão da impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, inc. VI, do CPC).

Inconformados com o teor do decisório, apelaram os pretendentes (fls. 87/96), alegando, como forma de obter o provimento do reclamo, que: a) a sentença é nula em razão do cerceamento do direito de defesa, na medida em que o pleito de adoção foi julgado extinto sem, ao menos, a realização de audiência para a oitiva pessoal e presencial dos pretendentes adotantes; b) a mãe biológica da criança, sua sobrinha, demonstrou interesse em lhes entregar o cuidado do filho antes mesmo do fim da gravidez, circunstância que, de sua parte, não configura burla ao cadastro de pretendentes à adoção tampouco crime de estelionato como reconheceu a sentença, mas, sim, ato de compaixão e amor ao próximo necessário à

manutenção dos vínculos consanguíneos da criança; c) possuem plenas condições de exercer com responsabilidade a paternidade adotiva; d) o estudo social realizado pela equipe multidisciplinar atuante junto ao juízo de origem não fez qualquer menção a fatos desabonadores, tendo, inclusive, sido favorável à adoção; e) a procedência do pedido não colocará o infante em qualquer situação de risco, porquanto estão plenamente preparados para exercer o papel de pais; e, f) deve, pois, ser desconstituída a sentença objurgada a fim de que seja retomado o curso processual na origem, com a realização da pertinente e indispensável audiência instrutória.

O Ministério Público de primeira instância contrarrazoou o recurso (fls. 97/101), sustentando, em suma, que a sentença deve ser mantida na íntegra, manifestação ratificada pelo parecer de lavra do Procurador de Justiça Mário Gemin (fls. 107/107v).

Após, o Exmo. Des. Jorge Luis Costa Beber, atuando como relator em período de substituição regimental, avocou os autos da ação de destituição do poder familiar n. 031.13.003203-5 e da ação de adoção n. 031.13.004159-0 (fl. 109), conexas ao presente feito, providência que na sequência se cumpriu, aportando-me, então, conclusos em gabinete.

Este é o relatório.

VOTO

A síntese do processado é a seguinte: A. T. e D. R. Z., conviventes em união estável desde meados de 1998 (fl. 13), ajuizaram ação de adoção, objetivando a constituição de vínculo paterno-filial em relação ao infante G. V. (nascido em 10.03.2013 – fl. 14), sustentando, em síntese, que a mãe biológica da criança, L. A. V., sobrinha do autor varão, desde o quarto mês de gravidez buscou abrigo em sua residência e demonstrou interesse em entregar o filho ao cuidado dos tios.

As razões que levaram a genitora a tal decisão calcam-se, primeiro, no desinteresse do pai em assumir a paternidade, e, sobretudo, porque

o ex-companheiro — com o qual mantinha união estável e possui um outro filho, de 3 (três) anos de idade — impôs-lhe, como condição para o restabelecimento do relacionamento, que ela entregasse o nascituro à adoção, posto que a criança é fruto de relacionamento fortuito mantido no período de afastamento.

Realizado o estudo social (fls. 30/38) e ouvido o Ministério Público (fl. 48), a Magistrada condutora do feito houve por bem indeferir a antecipação dos efeitos da tutela e, simultaneamente, determinar a busca e apreensão do infante junto ao lar dos autores a fim de que fosse abrigado institucionalmente, o que se cumpriu em 20.06.2013 (fl. 60), mesma data na qual foi proferida sentença destituidora do poder familiar da mãe biológica na ação n. 031.13.003203-5 (fl. 03, apensos).

Foi posteriormente deflagrado, em 14.08.2013, o procedimento de encaminhamento do menor à adoção pelo sistema do Cadastro CUIDA/CNA, autos n. 031.13.004159-0 (em apenso), figurando como pretendente à adoção o casal inscrito em primeiro lugar na ordem de preferência da referida listagem, a quem a criança foi entregue para período de estágio de convivência naquela data (fl. 05). Após o relatório de acompanhamento por equipe multidisciplinar (fls. 13/14) e parecer favorável do Ministério Público (fls. 16/17), foi proferida nesses autos apensados sentença deferitória da adoção (fls. 18/20), a qual transitou em julgado à data de 03.10.2013 (fl. 26).

Nestes autos de que ora cuida, então, foi prolatada, pela mesma Togada, sentença extintiva do feito por carência de ação (art. 267, inc. VI, do CPC), em razão da impossibilidade jurídica do pedido — por entender, a sentenciante, ser inviável a “adoção direta” ou “dirigida”, à margem do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e do Cadastro Unificado Informatizado de Adoção (CUIDA) —, razão, portanto, da insurgência formulada pelos autores, que ora passo a deslindar.

O apelo, a meu sentir, não está, todavia, a merecer acolhimento, eis que não restou configurado, no caso, o cerceamento do direito de defesa, não incorrendo, o decisório, em qualquer vício de lavratura capaz de ensejar a sua desconstituição.

Saliento, antes de prosseguir, que a sentença objugada, porém, ao extinguir o feito sem resolução do mérito em razão da impossibilidade jurídica do pedido, padece de indesejada atecnia, na medida em que a juridicidade do pleito de adoção formulado por casais não inscritos no CNA ou no CUIDA decorre de excepcionalidade prevista no art. 50, § 13, incs. I a III, do ECA — acrescido pela Lei n. 12.010/2009 —, motivo pelo qual o decisório, entendendo pela inadequação da permanência do menor na família não cadastrada de acordo com as peculiaridades do caso, deveria ter julgado o feito *com* resolução mérito, pela improcedência do pedido (art. 269, inc. I, do CC).

Seja como for, o pleito de adoção formulado pelos apelantes era mesmo de ser rejeitado, na forma em que passarei a explicitar.

Com efeito, o Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo – CUIDA, é um sistema ordenado de controle, inscrição, classificação e repositório de dados, de amplitude nacional e promoção e fiscalização estadual, criado e mantido junto à CGJ deste Tribunal na forma regulamentada pelos provimentos ns. 05, 12, 13 e 15/2005 — cuja experiência, aliás, por sua importância e ineditismo, serviu para, em âmbito nacional, nortear o próprio Cadastro Nacional de Adoção (CNA), através da Lei n. 12.010/2009.

O programa, como intuitivo, tem por escopo uniformizar as informações acerca de pessoas interessadas em adotar e de crianças à espera de adoção, a fim de proporcionar um maior gerenciamento sobre o sistema estatal de adoção bem como o monitoramento dos pretendentes de acordo com as suas condições pessoais e perfis — oferecendo-lhes, in-

clusive, preparação e acompanhamento —, e, ainda, facilitar a condução dos processos, agilizá-los e torná-los mais seguros, sempre com vistas ao atendimento do melhor interesse das crianças e dos adolescentes.

Houve, entretanto, na hipótese, de parte dos apelantes e da mãe biológica do infante, o ineludível desejo de se lançar mão de meios para efetivar-se a chamada adoção *intuitu personae* — também designada de “direta”, “pronta” ou “dirigida” —, prática conhecida e muito combatida pelos juízes e pelos tribunais pátrios, vez que representa inegável burla ao cadastro de adotantes e, desta forma, contraria as normas instituídas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei Federal n. 12.010/2009, disciplinadora da adoção.

Estatuem, os referidos diplomas, aliás, que a criança ou o adolescente em condições de ser adotado e as pessoas ou casais habilitados a adotar devem, como já mencionado, constar dos respectivos cadastros nacional (CNA) e estadual (CUIDA); além disso, que os candidatos a pais devem passar obrigatoriamente por programa de preparação e orientação psicossocial conduzido por equipe multidisciplinar especializada; ainda, que a prioridade, dentre os inscritos, é, objetivamente, daqueles inclusos na definição de família extensa, a saber, parentes próximos mas não diretos — requisito cuja falta implica a observância, tanto quanto possível, da ordem cronológica de inscrição —; e, por fim, que a “adoção direta”, ou seja, sem sujeição ao cadastro, somente se aplica a casos excepcionais, previstos, como mencionado acima, nos incs. I a III do § 13 do art. 50 do ECA.

Importa ressaltar, por isto mesmo, que é única e exclusivamente no intuito de proteger integralmente o menor e garantir-lhe o respeito a seus inalienáveis direitos que, à substituição da família do infante, o ordenamento impõe um conjunto de regras e procedimentos aparentemente tão severos — os quais, aliás, nem sempre são bem compreendidos, sobretudo por aqueles que desconhecem o sistema e a sua filosofia —,

mas que representa, não se há negar, mecanismo eficaz de proteção aos melhores interesses da criança e do adolescente, conforme preconizam a Lei n. 8.069/1990 (ECA) e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança assinada pelo Brasil junto à Assembleia Geral da ONU em 20.11.1989, cujas diretrizes, aliás, orientaram a benvindoura promulgação do estatuto da juventude.

No caso, observo a partir de leitura atenta dos elementos de prova colacionados ao caderno processual, que o contexto fático familiar ao qual foi submetido o infante G. V. mesmo antes de seu nascimento não autoriza, em absoluto, qualquer hipótese de desvio ao cadastro de adoção do CUIDA/CNA, na medida em que a dinâmica dos eventos que precederam e sucederam a entrega clandestina do menino aos requerentes caracteriza-se por inescondível instabilidade e conflituosidade.

Com efeito, o estudo social revela, estreme de dúvidas, que a mãe biológica da criança objetivava, desde o início da gravidez, entregar o filho à adoção, havendo, então, concordado com a intenção dos tios, ora apelantes, de exercerem pessoalmente o papel de pais adotivos, porquanto assim a consanguinidade seria mantida e, principalmente, ela, bem como a sua genitora, poderia acompanhar de perto a criação do filho, cenário que se alterou completamente após o nascimento da criança, em virtude de que os recorrentes impuseram substanciais obstáculos para o exercício de tais prerrogativas.

Colhem-se, em excerto do parecer técnico, as seguintes considerações:

“Segundo informações do casal e da Sra. L., a decisão pela entrega da criança foi calcada na ausência de apoio da figura paterna do infante e por L. estar retomando relacionamento conjugal anterior, do qual possui um filho D., atualmente com três anos.

L. relata que logo após o rompimento da conjugalidade, envolveu-se em relacionamento efêmero, o qual resultou na gestação. Com a descoberta da

gravidez, o pai da criança num primeiro momento demonstrou estar disposta a assumir a parentalidade, vindo a seguir retirar esse posicionamento.

Neste mesmo período, voltou a se aproximar do ex-companheiro, Sr. J., vindo o casal a retomar a relação afetivo-amorosa. J. estabeleceu condições para que o casal voltasse a conviver: que o filho que L. esperava fosse entregue a família substituta e que sua família de origem e extensa não tomasse conhecimento dessa gravidez. Segundo L., J. lhe deixou claro que não suportaria que os pais e demais familiares tomassem conhecimento do ocorrido e que se isso viesse a acontecer, o relacionamento seria rompido definitivamente e buscaria a guarda do filho D. Temendo a perda da guarda do filho e compreendendo ser melhor a retomada do relacionamento com J., L. aceitou as condições.

Segundo L., o filho permanecendo com os tios lhe trouxera a possibilidade de poder acompanhar e compartilhar de seu desenvolvimento, não furtando ainda de sua mãe a possibilidade de conviver com o neto, já que esta última reside próximo aos tios e sempre foi contrária à entrega da criança a outra família para adoção.

(...)

Tratando-se de solicitação de guarda e adoção por membro da família extensa, ao serem instigados a refletir sobre a importância da manutenção dos vínculos familiares, seguindo os preceitos do art. 19 do ECA que garantem o direito à convivência familiar e comunitária, o casal se mostrou resistente ao contato do infante com alguns membros da família extensa, como a avó materna, Sra. A., e a mãe biológica da criança.

Afirmam que a avó biológica da criança não deseja conhecê-lo e a mãe biológica reside em Blumenau e já optou por deixar a criança para adoção. Não há clareza em suas verbalizações como estarão conduzindo a história de vida desta criança, mas ficou evidente a preocupação em delimitar o espaço social a que o infante estará inserido e conseqüentemente a rede de informações que lhe serão apresentadas. Buscam enfatizar com frequência os custos que vêm tendo.

Sra. A. V. (avó materna):

Nesta data, a Sra. A. relatou haver acolhido a filha no final da gestação, quando fora contrária à entrega do neto em adoção para o irmão. Considera haver

manifestado o interesse em assumir a guarda do neto para que L. retomasse a conjugalidade, mas A. e D. (apelantes) já haviam manifestado o interesse a filha optou por não rever sua decisão.

O fato apresentado no parágrafo anterior gerou conflitos familiares, os quais remeteram na piora do relacionamento familiar e o afastamento da Sra. A. da família do Sr. A. A Sra. A. considera que a cunhada a desqualificou enquanto possível guardiã e avó da criança, por considerar que reside em moradia alugada e vivencia realidade socioeconômica modesta.

Acredita que o neto esteja recebendo o cuidado necessário para o seu desenvolvimento e demonstra o desejo em acompanhar o seu crescimento, não tendo procurado conhecê-lo por temer a reação da Sra. D., acreditando que não seria recebida pelo casal. Acredita que embora o neto resida próximo, não poderá ter contato com ele pois conhece a rede familiar do irmão e sabe que estes tenderão sempre a afastá-la. Como justificativa desta afirmativa, relata que estava na casa de sua mãe há poucos dias, tendo a família do irmão chegado ao local, ao perceberem a sua presença na casa, retornaram para que não visse a criança.

Sra. L. (mãe biológica):

(...) ao manifestar interesse em entregar o filho para adoção, D. manifestou o desejo de acolhê-lo, enquanto A., num primeiro momento fora contrário. Afirma que D. convenceu o cônjuge a acolher o sobrinho-neto, garantindo a L. como aos demais familiares a possibilidade de convivência com a criança.

Considera dolorosa a entrega do filho, havendo encontrado conforto na possibilidade de acompanhar e participar de seu desenvolvimento. No entanto, com o nascimento da criança este quadro não se efetivou. Sua genetriz não conhece o neto, havendo importantes conflitos entre ela e os tios e L. não vê o filho como gostaria, criando, os tios, obstáculos para que ela não tenha contato com o infante.

A Sra. L. possui discernimento de que os tios são capazes de oferecer ao infante um ambiente familiar de cuidado, carinho e proteção, mas a mudança de comportamento lhe causa estranheza e tem gerado sofrimento a ela e a Sra. A., avó da criança.

Considera temer possíveis reações dos tios, ao lhes cobrar o que fora combinado, ou seja, de poder acompanhar o desenvolvimento da criança. Salienta, ainda, que constantemente sua tia D. lhe adverte não poder estar voltando

atrás em sua decisão de entregar o filho em adoção, devido aos gastos que tiveram, revelando um valor de cinco mil reais e que se isso acontecer lhe moverão um processo.

A sra. L. considera estar acuada, confusa, insegura e com grande sofrimento emocional, pois os tios lhe pressionam para dar continuidade à decisão pela entrega à adoção, a sra. A. lhe manifesta o desejo de conhecer e conviver com o neto e o seu atual companheiro lhe realiza cobranças envolvendo o sigilo da gestação.

A todo momento reafirma o temor da reação dos tios caso venham a tomar conhecimento do que está relatando ao Serviço Social, dispondo temer pela cobrança emocional, social e afetiva” (fls. 31/36).

A conclusão exposta no parecer técnico, aliás, assinado pela assistente social do município de Indaial, dá conta do seguinte:

“Neste contexto, conflitos significativos instalam-se no grupo familiar, estando o acolhimento desta criança cercado de relações sociais e afetivas fragilizadas e delineadas por estereótipos que trazem prejuízos ao infante. A história desta criança de dois meses de vida constitui-se hoje no emaranhado de segredos desnecessários e no faz-de-conta da garantia de permanência da criança no seio familiar, que satisfazem apenas aos interesses dos adultos envolvidos em detrimento aos do infante.

(...) O casal acompanhou o período da gestação da Sra. L., demonstrando compreender que o infante conviveria com a família extensa, garantindo a L. e à avó materna a convivência futura com a criança. Após o nascimento do infante, a realidade apresentou-se sob nova configuração, emergindo conflitos familiares, cobranças e incertezas frente à entrega da criança aos tios para adoção.

Neste cenário permeado por conflitos, cobranças e incertezas, a criança está cercada de relações sociais e afetivas fragilizadas e delineadas por estereótipos que trazem prejuízos ao infante.

Tios-avós e genetriz do infante neste momento demonstram com clareza estar preocupados em satisfazer interesses e desejos próprios, havendo, cada qual, motivações particulares, enquanto o infante permanece num plano secundário. Tais posturas a médio e longo prazo podem imprimir marcas que a criança carregaria por toda a vida, definindo a direção no modo de ser com

os outros afetivamente e no modo de agir com as pessoas. Logo, este não é hoje o melhor local para o infante permanecer, havendo esta afirmativa consonância com a Recomendação n. 08 do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispõe sobre a colocação de criança e adolescente em família substituta como meio de guarda” (fls. 36/37).

Revela-se, portanto, de todas as considerações técnicas suso mencionadas, que a situação fática experimentada pelo infante na companhia dos tios-avós colocá-lo-ia — a curto, médio e longo prazo — em risco psicológico permanente, dada a conflituosidade que caracteriza a dinâmica afetiva familiar e, sobretudo, a manifestação dos apelantes de lhe cercar de segredos e impedimentos, afastando-o da mãe biológica e da progenitora e, assim, desnaturando, em última análise, a própria afetividade consanguínea que ensejou, desde o início, o desejo de exercer a paternidade sobre o menino.

É dizer, com outras palavras, que o escopo do legislador ao excepcionar a adoção pelo cadastro de pretendentes do CUIDA/CNA para privilegiar a adoção por membros da família extensa não inscritos na listagem (art. 50, § 13, inc. II, do ECA) — isto é, a necessidade de preservação do vínculo consanguíneo para a manutenção do afeto no seio familiar —, não se constata, em absoluto, no caso em comento, na justa medida em que foi a própria adoção dirigida aos tios-avós a circunstância responsável pela desunião e pelos conflitos que hoje marca os envolvidos.

Ora, revelando, o estudo social, sem margem à dúvida, que a convivência da criança com a família biológica não estaria nos planos dos apelantes — os quais passaram a evitar qualquer tipo de contato dele com a mãe e a avó materna no exíguo período de 3 (três) meses no qual cuidaram do infante —, a alegação de parentesco não justifica a flexibilização da necessidade de prévia inscrição em programa de apoio à adoção (CUIDA/CNA), pois o vínculo afetivo evidentemente não se preservará caso chancelada judicialmente a pretensão dos recorrentes.

No mais, saliento que a adoção do infante G. V. já foi consolidada por sentença transitada em julgado prolatada pelo mesmo juízo infanto-lógico (autos n. 031.13.004159-0) em favor de casal constante dos referidos cadastros, os quais passaram — e passam — por contínuo e prolongado acompanhamento multiprofissional e exercem, desde 14.08.2013, ou seja, há mais de 1 (um) ano, os encargos da paternidade adotiva. Há nesses autos, aliás, relatório da equipe pluridisciplinar informando acerca da plena adaptação do infante à nova família e da completa inexistência de risco aos seus interesses (fls. 13/14), circunstância que aponta igualmente para a impossibilidade de acolhimento do pleito exordial.

Cito, a respeito do tema, o seguinte precedente desta Câmara, de minha relatoria, derivado de julgamento em caso análogo:

“DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. LIMINAR INDEFERIDA. INVIABILIDADE DA ADOÇÃO SEM A CORRESPONDENTE INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE PRETENSOS ADOTANTES. GUARDA DE FATO POR TEMPO INFERIOR A UMA SEMANA. LAÇOS AFETIVOS NÃO CONFIGURADOS. MANIFESTA INTENÇÃO DE ADOTAR A CRIANÇA EM FRAUDE AO SISTEMA CADASTRAL ADOTADO NO ESTADO (“PROJETO CUIDA”). MANUTENÇÃO DA MEDIDA PROTETIVA DE ABRIGAMENTO DO MENOR NA CASA-LAR DO MUNICÍPIO. RECURSO DESPROVIDO.

É de se manter o indeferimento do pedido de guarda provisória antecedente a pretendida adoção à margem do sistema, se: a) inexistente prova segura quanto aos requisitos objetivos e subjetivos dos pretensos adotantes e dos laços afetivos gerados durante a curta convivência havida; b) não há inscrição dos agravantes no cadastro de adotantes; c) a convivência com tal conduta estimula comportamentos análogos, podendo disseminar o comércio de bebês; d) a aludida prática frustra a esperança daqueles casais devidamente inscritos no cadastro, enfraquecendo os objetivos gerais do sistema legal de adoção; e, e) não há nenhuma demonstração concreta quanto aos eventuais prejuízos físicos, morais ou psicológicos a serem suportados pelo menor com a permanência no abrigo especializado” (AC n. 2009.038703-3, de Palhoça, j. em 12.11.2009).

Em caso bastante semelhante, esta Corte assim também decidiu, conforme se observa na ementa do seguinte julgado:

“APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE GUARDA PROPOSTA PELA TIA-AVÓ DA CRIANÇA. AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE INFANTE, PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E AÇÃO DE ADOÇÃO C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA PROPOSTA POR UM CASAL INTERESSADO NA MENOR. SENTENÇA UNA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE ADOÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE GUARDA E PROCEDÊNCIA DO PEDIDO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DA MENOR COM O CONSEQUENTE ENCAMINHAMENTO DA INFANTE PARA FAMÍLIA SUBSTITUTA, DEVIDAMENTE CADASTRADA NO CUIDA. APELO DA TIA-AVÓ. CRIANÇA ENTREGUE A CASAL NÃO INSCRITO NO CADASTRO DE ADOÇÃO. IRREGULARIDADE CONSTATADA. INSURGÊNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A MANIFESTA AUSÊNCIA DE INTENÇÃO DA TIA-AVÓ DE CUIDAR DA MENOR. ABANDONO AFETIVO. INTENÇÃO POSTERIOR DE FICAR COM A INFANTE SOMENTE PORQUE FOI INDEFERIDA A GUARDA AO CASAL POR ELA ESCOLHIDO. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA MENOR NA FAMÍLIA EXTENSA. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. RECURSO DO CASAL. AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO NO CUIDA QUANDO DA GUARDA DE FATO DA MENOR. INOBSERVÂNCIA AO ESTABUÍDO PELA LEI DE ADOÇÃO (N. 12.010/09), QUE ACRESCENTOU DIVERSOS INCISOS AO ART. 50 DO ECA. CASO QUE NÃO COMPORTA A MITIGAÇÃO À OBSERVÂNCIA DO CADASTRO DA LISTA DE PRETENDENTES. TÍPICO CASO DE TENTATIVA DE ADOÇÃO À BRASILEIRA. AUSÊNCIA DE LAÇOS DE AFETIVIDADE DEFINIDOS ENTRE O CASAL E A BEBÊ QUE CONTA, ATUALMENTE, COM APENAS UM ANO E TRÊS MESES DE VIDA. SENTENÇA MANTIDA RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS” (AC n. 2013.068301-7, de Itapema, Quinta Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Sérgio Isidoro Heil, j. em 28.11.2013).

É consentâneo, outrossim, o seguinte julgado deste Sodalício:

“CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. PARCIALIDADE DA JUÍZA NÃO DEMONSTRADA. MÉRITO. APELANTE NÃO INSCRITA NO CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO. GUARDA DE FATO POR CURTO LAPSO TEMPORAL. AFETIVIDADE NÃO CONCRETIZADA. MANIFESTA INTENÇÃO DE FRAUDAR O SISTEMA CADASTRAL “CUIDA”. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE URHs. DEFENSORA NOMEADA EM PROCESSO CONEXO. REQUISITOS DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 155/1997 PRESENTES. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Em face da necessidade de respeito ao cadastro de pretendentes à adoção, do curto lapso temporal de convivência entre a apelante e a criança, de apenas um ano de idade, bem como da falta de vínculo socioafetivo, mantém-se a decisão confirmatória da medida liminar de busca e apreensão, como forma de proteção segura dos superlativos interesses da criança” (AC n. 2012.006190-2, da Capital, Segunda Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 12.04.2012).

Sobre a impossibilidade de desvio ao cadastro de pretendentes quando o adotando já foi encaminhado a candidatos inscritos na lista de adoção, transcrevo o seguinte precedente também deste Tribunal:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO. AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO NO CADASTRO ÚNICO INFORMATIZADO DE ADOÇÕES E ABRIGO. ALEGAÇÃO DE VÍNCULO DE AFETIVIDADE COM A MENOR. ATO, ADEMAIS, PREPARATÓRIO PARA O PEDIDO DE ADOÇÃO. ARGUMENTOS REFUTADOS. MENOR JÁ EM COMPANHIA DA FAMÍLIA PREVIAMENTE CADASTRADA E NA FILA DE ESPERA. INFANTE QUE DETINHA ALGUNS MESES DE VIDA QUANDO CONVIVEU ESPORADICAMENTE COM OS INSURGENTES. MANUTENÇÃO DA DECISÃO A QUO. RECURSO DESPROVIDO.

Embora esta Corte de justiça, em situações especiais, venha dispensando a prévia inscrição do adotante no referido cadastro, in casu, não se mostra aplicável, tendo em vista a ausência de rompimento de vínculo afetivo entre a infante e o casal insurgente, dada a esporadicidade dos contatos.

Ademais, a menor há meses encontra-se na guarda de família previamente inscrita no Cadastro Único Informatizado de Adoções e Abrigo - Cuida, motivo pelo qual a manutenção da sentença de primeiro grau é medida imperativa” (AC n. 2011.052636-4, de São Francisco do Sul, Quinta Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. em 20.10.2011).

Isto posto, pelo meu voto eu nego provimento ao apelo, mantendo, ainda que por outro fundamento, a sentença que rejeitou o pedido de adoção formulado pelos apelantes.

Apelação Cível n. 2012.075465-0, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. INTEMPESTIVIDADE RECONHECIDA NA ORIGEM. EMBARGOS AVIADOS ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PROFERIDA NA AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO, A QUAL DETERMINOU A REINTEGRAÇÃO DA EMBARGADA NA POSSE DO IMÓVEL EM QUE O AUTOR PRETENDE SER MANTIDO. TEMPESTIVIDADE, A TEOR DO DISPOSTO NO ART. 1.048 DO CPC. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA.

Não se pode confundir o prazo de cinco dias previsto para a hipótese de arrematação, adjudicação ou remição em ação de execução, com o processo de conhecimento, quando os embargos podem ser opostos a qualquer tempo, dès que não tenha transitado em julgado a sentença, conforme inteligência do art. 1.048 do Código de Processo Civil.

DESNECESSIDADE DO RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. REJEIÇÃO LIMINAR QUE SE MOSTRA IMPERATIVA.

1) EMBARGOS DE TERCEIRO É MEIO ADEQUADO PARA ATACAR EXCLUSIVAMENTE ATOS DE CONSTRIÇÃO, E NÃO O DIREITO TUTELADO ATRAVÉS DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COGNITIVA ENVOLVENDO PARTES DIVERSAS.

Contra tutela antecipada concedida na sentença que faz rescindir contrato de compra e venda e manda restituir a posse ao promitente vendedor não cabe embargos de terceiro do juridicamente interessado, justo que nesta hipótese não há ato de constrição, mas cumprimento do objeto decidido naquela demanda.

2) AUSÊNCIA DE POSSE LEGÍTIMA DO EMBARGANTE PASSÍVEL DE SER INVOCADA EM DESFAVOR DA EMBARGADA. TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS QUE, PRESTIGIANDO A BOA-FÉ OBJETIVA DOS CONTRATANTES, IMPEDE QUE QUALQUER UM DELES BUSQUE BENEFÍCIO CALCADO EM COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO COM CONDUTA ANTERIOR.

PROVA DOCUMENTAL ATESTANDO QUE O EMBARGANTE, NUM PRIMEIRO MOMENTO, EXERCEU A POSSE SOBRE O IMÓVEL NA CONDIÇÃO DE COMODATÁRIO E DEPOIS COMO

LOCATÁRIO, RESCINDIDO O CONTRATO DE LOCAÇÃO QUE TINHA COM A PROPRIETÁRIA/EMBARGADA EM VIRTUDE DA ALIENAÇÃO DO BEM, POR ELE MESMO INTERMEDIADA, E, NUM SEGUNDO MOMENTO, ENIGMATICAMENTE, PERMANECIU SOB O TERRENO POR ANUÊNCIA DA ADQUIRENTE. COMPRA E VENDA RESCINDIDA POR FORÇA DO INADIMPLEMENTO DA PROMITENTE COMPRADORA. FATO CONHECIDO PELO EMBARGANTE. DESCABIMENTO DA PROTEÇÃO ALMEJADA.

“[...] EMBARGOS DE TERCEIRO POR OCUPANTE DO IMÓVEL - CONJUNTO PROBATÓRIO - POSSE ILEGÍTIMA E DE MÁ-FÉ SOBRE IMÓVEL LITIGIOSO - SUCESSÃO DE COISA LITIGIOSA - ART. 1.046, DO CPC - EXEGESE - NECESSIDADE DE POSSUIDOR DE BOA-FÉ E COM JUSTO TÍTULO - EFEITOS DA COISA JULGADA SOBRE PESSOA CIENTE DA LITIGIOSIDADE DO TERRENO E MESMO ASSIM O POSSUIU - IMPOSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO VIA EMBARGOS DE TERCEIRO - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO - INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. 1 - Classifica-se como ilegítima e de má-fé a posse exercida sobre terreno que o possuidor sabia estar em litígio, mormente se veio a ocupá-lo durante a ação de reintegração de posse sobre o terreno em questão, lá permanecendo mesmo após o trânsito em julgado da sentença proferida nestes autos. 2 - Para ser possível a proteção via embargos de terceiro, mister seja a posse legítima e de boa-fé, conforme a melhor exegese dada ao art. 1.046, do CPC pela jurisprudência brasileira. 3 - Quando se sabe litigiosidade da coisa e, mesmo assim, ocupa-a, resta configurada a sucessão de coisa litigiosa, de modo que os efeitos da coisa julgada proferida nos autos de reintegração de posse sobre o mesmo terreno se estendem ao embargante. 4 - Não se qualifica como terceira - condição necessária para o ajuizamento de embargos de terceiro - aquele que sucede em coisa litigiosa. 5 - Pretensão veiculada por meio de Embargos de Terceiro improcedente. Recurso conhecido e provido. Inversão do ônus sucumbencial (art. 20, 4º, dop CPC).” (TJ-ES - AC: 35000181855 ES 035000181855, Relator: ALVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON, Data de Julgamento: 17/07/2007, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/08/2007).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA E, PROSEGUINDO NO JULGAMENTO, REJEITAR LIMINARMENTE OS EMBARGOS DE TERCEIRO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.075465-0, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara Cível), em que é apelante Ivan Balduino Petri, e apelada Província Franciscana da Imaculada Conceição do Brasil:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para afastar a decadência e, prosseguindo no julgamento, rejeitar liminarmente os embargos. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Des. Eládio Torret Rocha, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Joel Figueira Júnior.

Florianópolis, 11 de setembro de 2014.

Jorge Luis Costa Beber
RELATOR

RELATÓRIO

Ivan Balduino Petri interpôs recurso de apelação contra a sentença que julgou extintos os embargos de terceiro que ajuizou contra a Província Franciscana da Imaculada Conceição do Brasil, reconhecendo a decadência.

Disse que os embargos foram protocolizados em 26.04.2012, ou seja, dois dias após tomar conhecimento do mandado de imissão de posse expedido em favor da recorrida.

Afirmou que a juíza sentenciante entendeu que o apelante teve ciência do esbulho quando a ré juntou, na ação de usucapião também aforada pelo recorrente em desfavor da apelada, cópia da sentença proferida na ação de rescisão de contrato, o que afronta o disposto nos artigos 1.046 a 1.048 do CPC.

Sustentou que o prazo para o ajuizamento dos embargos de terceiro passa a fluir do “efetivo ato de turbacão”, sobretudo porque não foi intimado pessoalmente do processo judicial aviado pela ré, defendendo que seu procurador não tinha poderes para receber citações ou intimações de outras demandas.

À luz dessas considerações, defendendo a tempestividade dos embargos, clamou pelo provimento do recurso, desconstituindo-se a sentença e determinando-se o retorno dos autos à origem para regular prosseguimento.

Contrarrazões às fls. 260/269.

VOTO

Conheço do recurso, eis presentes os requisitos que regem a admissibilidade.

A prova encartada aos autos revela que o embargante/apelante ajuizou, em 18.02.2010 (fls. 53), ação de usucapião em desfavor da parte embargada, pretendendo obter para si o título de propriedade do imóvel matriculado sob n. 5.437, registrado no álbum imobiliário em nome da acionada.

Sucedede que a ré, muito antes, isto é, em maio de 1997, alienou o aludido terreno à Predilare Construções e Incorporações Ltda, e alegando inadimplemento contratual por parte desta, detonou, em 01.11.2001 (fls. 26), ação de rescisão contratual, pretendendo reaver o bem transacionado.

A aludida demanda foi julgada procedente em primeiro grau de jurisdição no dia 25.02.2010, fato este expressamente anunciado na contestação oferecida pela ora apelada na ação de usucapião, conforme se retira das fotocópias encartadas às fls. 87/120.

Assim, como bem observado pela magistrada *a quo*, o procurador do autor, ao manifestar-se sobre a resposta, ainda no ano de 2010, tomou conhecimento da existência da ação de rescisão e do julgamento singular de procedência.

Os embargos de terceiro foram detonados em 26.04.2012, isto é, dois dias após o cumprimento do mandado de imissão de posse, conforme se retira da certidão que descansa às fls. 25, defendendo o embargante que o prazo de cinco dias deve ser computado da efetiva ciência do esbulho.

Verdadeiramente, tanto a juíza de primeiro grau como o próprio apelante não emprestaram adequada interpretação ao prazo legal para o oferecimento dos embargos de terceiro.

Há, sim, necessidade de reforma da decisão singular que proclamou a decadência e extinguiu a ação aviada, porém por fundamento diverso daquele anunciado no apelo.

Com efeito, não se pode confundir o prazo de cinco dias previsto para a hipótese de arrematação, adjudicação ou remição em ação de execução, com o processo de conhecimento, hipótese em que os embargos podem ser opostos a qualquer tempo, antes do trânsito em julgado, conforme inteligência do art. 1.048 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Os embargos **podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença**, e, no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta” (grifei).

É da jurisprudência:

“EMBARGOS DE TERCEIRO. PRAZO. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 1048 DO CPC. **O artigo 1048 do CPC, sem qualquer forma de dúvida ou de espaço interpretativo, possibilita o ajuizamento dos embargos de terceiro a qualquer tempo no processo de conhecimento** e no de execução, até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes dos marcos fatais segundo a lei. Dessa forma, entendemos que o “princípio da utilidade do prazo”, nada mais faz senão restringir o prazo legal, cujo termo inicial não foi estipulado pelo legislador, sendo pois inadmissível”. (TRT-2 - AP: 71200908902003 SP 00071-2009-089-02-00-3, Relator: MARCELO FREIRE GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/07/2009, 12ª TURMA, grifei).

Ainda:

“EMBARGOS DE TERCEIRO. INTEMPESTIVIDADE. MANDADO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE TIRADO DE SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO NA FASE DE COGNIÇÃO. PRAZO PARA OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS QUE FLUI DA DATA DA TURBAÇÃO DA POSSE OU DA EFETIVA CIÊNCIA DO FATO LESIVO - RISCO REAL DE DESAPOSEMENTO OU PERDA. CIÊNCIA INEQUÍVOCA ANTERIOR. INTEMPESTIVIDADE FLAGRANTE CONFIRMADA. **Nos termos do art. 1.048 do CPC, (a) os embargos de terceiro podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença;** (b) se a fase de cognição resulta em sentença condenatória ao pagamento de quantia o prazo de 05 (cinco) dias flui a partir do primeiro dia útil subsequente à adjudicação, alienação por iniciativa particular ou hasta pública; e, (c) se a fase de conhecimento culmina em decisão que condena à restituição de bem, ou se o terceiro não tem ciência da fase de conhecimento, o quinquídeo corre da efetiva turbacão à sua posse ou da efetiva ciência da parte interessada acerca da ocorrência contra a qual possa se insurgir. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO”. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.083816-9, de Porto Belo, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 23-05-2013, grifos meus).

Logo, como ainda não houve o trânsito em julgado da sentença proferida na ação de rescisão contratual, não vejo como cancelar a decisão que reconheceu a intempestividade dos presentes embargos de terceiro.

Por outro lado, penso ser desnecessário o retorno do feito à origem para formação do contraditório e regular prosseguimento, eis manifesta a carência de ação por parte do embargante, que visa, através dessa natureza processual, obstar ordem de reintegração oriunda de sentença prolatada em ação de rescisão de contrato de compra e venda.

Não houve, insofismavelmente, nenhum ato de constringimento proclamado na ação que rescindiu o contrato de compra e venda onde litigam a ora demandada, Província Franciscana da Imaculada Conceição do Brasil, e a empresa Predilare Construções e Incorporações Ltda. Hou-

ve, isto sim, após proferida a sentença, ordem para o cumprimento da tutela antecipada concedida naquele édito, consubstanciada na “imissão de posse”, tal como timbrado no despacho que se encontra às fls. 407 daquela demanda.

Por certo, a designação mais adequada seria a reintegração na posse, porque a Província Franciscana, que venceu a ação de rescisão, exercia a posse sobre o referido bem, tanto que o cedeu por empréstimo e depois por locação para o embargante. De todo modo, o certo é que aquela ordem para cumprir a tutela antecipada não representa ato de apreensão, mas tão somente cumprimento do próprio objeto decidido naquela ação resolutória.

Como sabido, os embargos de terceiro somente podem ser manejados contra ato de constrição judicial no curso da ação de conhecimento ou da execução, quando há a apreensão da coisa mediante penhora, depósito, arresto, sequestro, ou outros meios passíveis de gerar turbação ou esbulho.

Entretanto, não há que se confundir o ato de constrição com o objeto da ação de conhecimento, justo que em relação a ele a insurgência do interessado que se julga prejudicado deve ser manifestada através da respectiva oposição, modalidade de intervenção de terceiros prevista no art. 56 do CPC.

E nem poderia ser diferente, porque a natureza jurídica da decisão dos embargos de terceiro é “desconstitutiva”, ou seja, visa desfazer atos de indisponibilidade de algum patrimônio, porém desvestida de carga positiva para tornar sem efeito provimento sentencial que decide o alvo da controvérsia instaurada na ação cognitiva.

Por outras e por melhores palavras: os embargos de terceiro não se prestam a discutir a própria relação de direito material originadora do ato de molestação, daí por que lícito é concluir que a sentença, ainda que

venha a reconhecer o direito da parte em detrimento de terceiro, não autoriza esse último a valer-se dos embargos de terceiros, tal como procedeu o ora apelante.

Colhe-se do magistério de ROGÉRIO MARRONE DE CASTRO SAMPAIO:

“...não havendo efetiva constrição sobre direitos de posse ou de propriedade de bens discutidos na demanda principal, o terceiro que intencione reivindicá-los deverá fazê-lo por meio de oposição. Também não se prestam os embargos de terceiro a interferir no exame de mérito da ação principal, do qual se originou o ato de constrição. À aferição da legalidade deste último é que se restringe o objeto deste instrumento processual.” (Sublinhei – Embargos de Terceiro, Atlas, 2ª ed., pg. 76).

É da jurisprudência:

“Embargos de terceiros. [...] Oposição possível apenas contra ato de apreensão no curso da ação ou da execução, quando o juízo dispõe da coisa constriada, e nunca contra o próprio objeto da ação ou da execução. Art. 1.046 do CPC. Carência de ação.” (Ap. Cív. 155.776-2, 9ª Câm. Cív., RJTJSP 124/97).

No mesmo sentido:

“Embargos de terceiro. Descabimento contra o objeto da execução. Os embargos de terceiro só têm cabimento contra ato de apreensão judicial no curso da ação ou da execução, quando o juízo dispõe da coisa constriada; nunca, todavia, contra o objeto da ação ou da execução, que só é atacável por meio de oposição ou ação rescisória.” (TJPR – 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Nunes Nascimento, RT 554/179).

Portanto, se a sentença proferida na ação de rescisão, gênese do ato que ordenou a retomada da posse pela ora apelada, não pode ser equiparada a qualquer dos atos de apreensão judicial a que alude o art. 1.046 do CPC, soa indubitado que contra ela não cabem embargos de terceiro.

Mas a carência de ação do apelante/embargante não se resume somente a isso, justo que outro pressuposto de admissibilidade também não se mostra presente.

Com efeito, embora o apelante defenda que desde julho de 1986 ocupe o imóvel controvertido, a prova documental encartada aos autos revela que em 01.07.1988 firmou ele contrato de locação envolvendo o referido terreno, o qual perdurou até 29.04.1996, quando foi formalizado o instrumento de rescisão acostado às fls. 155/156, tendo em vista a alienação do terreno pela comodante/locadora, negócio este que foi intermediado pelo demandante, que inclusive recebeu comissão no valor de R\$ 30.000,00.

Ora, se o apelante exercia atos possessórios na qualidade de comodatário/locatário (condição que sabidamente não gera posse *ad usucapionem*) e detinha conhecimento da venda do terreno, tendo inclusive ajustado a rescisão da avença locatícia, tinha ele, iniludivelmente, a obrigação de ter desocupado o imóvel. Todavia, por conta da enigmática postura da promitente compradora, Predilare Construções e Incorporações Ltda, que permitiu que o embargante permanecesse no local, acabou ele, no ano de 2010, aforando a ação de usucapião noticiada às fls. 52/185.

Sem entrar no mérito da procedência ou não da ação de reconhecimento de domínio que ainda tramita na origem, o fato é que o contrato de compra e venda firmado entre a ré e a Predilare Construções e Incorporações Ltda, intermediado pelo recorrente, foi rescindido em virtude do inadimplemento por parte da adquirente do terreno, fato este de conhecimento do apelante, tanto que afirmou que “*como a construção nunca se iniciou, (...) continuou exercendo a posse na área*” (fls. 07).

Como sabido, a rescisão do ajuste implica no retorno das partes ao estado anterior, isto é, à ré/apelada assiste o direito de ser reintegrada na posse do imóvel, o que não pode ser embaraçado pelo autor dos embargos de terceiro, notadamente porque assinou termo de rescisão do contrato de locação que alhures mantinha com a recorrida, defluindo daí a sua obrigação de sair do local.

Pertinente, nesse âmbito, a lição de ARNALDO RIZZARDO:

“Verificado o inadimplemento, e operando-se a resolução, alguns efeitos emergem. **As partes retornam à situação, como se não tivesse existido o contrato. É desfeita a relação contratual.** Na compra e venda, volta o bem para o vendedor. Ficam os contratantes, ainda, liberados ou desonerados das prestações pendentes. Extingue-se a obrigação, devendo ser restituídas as prestações já efetivadas. Estes os efeitos primordiais. Existem outros, quanto ao alcance da resolução. **A extinção do contrato se opera retroativamente, ou desde o momento inicial,** se cumprido em um único momento. **As consequências jurídicas que se formaram ficam extintas, ou desaparecem. Na falta de pagamento, a resolução remonta ao início.** Restituem-se as prestações recebidas. Devolve-se o bem objeto da avença. Há o efeito *ex tunc*, como numa compra e venda, retornando a propriedade ao primitivo dono. **Dá-se o retorno como se nunca tivesse existido o contrato,** ou seja, de forma integral, com todos os acessórios, com os frutos e rendimentos, incidindo as perdas e danos no caso de deteriorações ou perecimento. Reconstitui-se ou reimplanta-se o status quo ante.” (in *Contratos: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 272) (grifos meus)

Portanto, se a compra e venda rescindida viabiliza a retroação dos seus efeitos à data da celebração da avença, como se nunca tivesse havido contrato, aquilo que a promitente compradora inadimplente permitiu ou tolerou em favor do apelante (posse sobre o imóvel) não alcança a apelada, tanto mais porque, reforço, o embargante/recorrente havia rescindido a locação junto à recorrida.

É dizer, o contrato de compra e venda rescindido não deixa rastros, derivados das conveniências da promitente compradora inadimplente com terceiros, que devessem ser honrados ou respeitados pela vendedora que teve restituído o imóvel em seu favor. E mais: a aludida rescisão também não faz renascer o contrato de locação rescindido, porque duas são as relações estabelecidas, uma da apelada com o apelante (rescisão do contrato de locação), e outra da Predilare (promitente compradora) com o embargante (“permissão de uso do imóvel” - essa que não atinge de forma alguma a recorrida).

Insisto: se a empresa Predilare, sabe-se lá por quais motivos, permitiu que o embargante/apelante permanecesse naquele local, tal situação não pode, uma vez rescindido o contrato de compra e venda, ser invocada em desfavor da apelada, porque investe contra a postura adotada pelo recorrente na ocasião em que rescindiu o contrato de locação.

Com efeito, a teoria dos atos próprios, também conhecida como *venire contra factum proprium*, é meio eficaz para salvaguardar os interesses de um dos contratantes contra atos do outro que queira alcançar benefícios ou posição jurídica em contradição com comportamento assumido anteriormente.

A aludida teoria refuta a possibilidade de alguém, no âmbito de uma mesma relação, atuar de forma avessa, isso é, se agiu de determinada forma numa das fases do contrato ou do negócio jurídico, não é tolerável que busque, supervenientemente, alcançar algum benefício em total contradição com a sua conduta anterior.

Inegável, portanto, que o *venire contra factum proprium* atua como verdadeira couraça protetora da boa-fé objetiva, que obrigatoriamente deve ornar a dinâmica das relações negociais.

E assim deve ser, porque a forma de agir dos protagonistas de uma determinada relação, máxime quando expressamente ajustam específica obrigação, ocasiona na parte adversa um estado de confiança quanto ao que restou entabulado, não sendo razoável, posteriormente, que aquilo que foi convencionado passe a ser tutelado de forma contrária, agredindo o princípio da lealdade e a própria segurança do liame obrigacional assumido.

O que se busca obstar, com a incidência da teoria dos atos próprios, é o enaltecimento da malícia e da esperteza, onde o contratante compromete-se a determinada coisa e age de forma diametralmente inversa.

RENAN LOTUFO, discorrendo sobre o tema, preleciona:

“..a locução *venire contra factum proprium*, significa o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente, ou seja, dois comportamento da mesma pessoa, que são lícitos entre si, e diferidos no tempo. O primeiro comportamento, o *factum proprium*, é contrariado pelo segundo.

O princípio do *venire contra factum proprium* tem fundamento na confiança despertada na outra parte, que crê na veracidade da primeira manifestação, confiança que não pode ser desfeita por um comportamento contraditório. Pode-se dizer que a inadmissibilidade do *venire contra factum proprium* evidencia a boa-fé presente na confiança, que há de ser preservada. Daí o dizer de Franz Wieacker (El principio general de la buena fé, p. 62): “...el principio del venire es una aplicación del principio de la ‘confianza en el tráfico jurídico’ y no una específica prohibición de la mala fe y de la mentira”. (Código Civil Comentado, vol. I, Parte Geral, ed. Saraiva, 2003, pág. 501/502).

Não é outra a conclusão de ANDERSON SCHREIBER:

“O *nemo potest venire contra factum proprium* representa, desta forma, instrumento de proteção a razoáveis expectativas alheias e de consideração dos interesses de todos aqueles sobre quem um comportamento de fato possa vir repercutir. Neste sentido, o princípio de proibição ao comportamento contraditório insere-se no núcleo de uma reformulação da autonomia privada e vincula-se diretamente ao princípio constitucional da solidariedade social, que consiste em seu fundamento normativo mais elevado.” (A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança *venire contra factum proprium*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 269/270).

É preciso, no mesmo âmbito ouvir a lição de RÉGIS FICHTNER PEREIRA:

“A teoria dos atos próprios parte do princípio de que, se uma das partes agiu de determinada forma durante qualquer das fazes do contrato, não é admissível que em momento posterior aja em total contradição com a sua própria conduta anterior. Sob o aspecto negativo, trata-se de proibir atitudes contraditórias da parte integrante de determinada relação jurídica. Sob o aspecto positivo, trata-se de exigência de atuação com coerência, uma vertente do imperativo de observar a palavra dada, contida na cláusula geral da boa-fé.” (A responsabilidade Civil Pré-contratual. Rio de pág. 84).

O Superior Tribunal de Justiça, mediante emblemático aresto relatado pelo Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, averbou:

“...o direito moderno não compactua com o *venire contra factum proprium*, que se traduz como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente (MENEZES CORDEIRO, Da Boa-fé no Direito Civil, 11/742). Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior.”

E logo depois concluiu:

“...o sistema jurídico nacional deve ser interpretado e aplicado da tal forma que através dele possa ser preservado o princípio da boa-fé, para permitir o reconhecimento da eficácia e validade de relações obrigacionais assumidas e lisamente cumpridas, não podendo ser a parte surpreendida com alegações formalmente corretas, mas que se chocam com os princípios éticos, inspiradores do sistema.” (Resp n. 95539-SP).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através de precedente que em tudo se amolda a situação sob exame, deixou assentado:

“Cuida-se, aqui, de aplicar-se a Teoria dos Atos Próprios, obviando que o processo colida com o que, na prática, e de fato, plasmou-se num certo sentido por força do comportamento regular da parte autora. Inadmissível a postura (aqui, com o aforamento em questão) incongruente com a antes adotada, rejeitada a atitude oscilante, surpreendente, a atentar contra a realidade de fato já consolidada.” (TJRGS Agravo nº 70013531694, Décima Nona Câmara Cível, rel. Des. Mário José Gomes Pereira).

À luz de tais considerações, se o comportamento do embargante/apelante é contraditório, buscando restabelecer, perante a apelada, uma permanência no local que foi encerrada por conta da rescisão do contrato de locação, não há como negar a ausência de posse legítima e ornada de boa-fé, circunstância que igualmente impede o manejo dos embargos de terceiro.

Colhe-se da jurisprudência:

“...para ser possível a proteção de para via embargos de terceiro, **mister seja a posse legítima e de boa-fé**, conforme a melhor exegese dada ao art. 1.046, do CPC pela jurisprudência brasileira”. (TJES - AC: 35000181855 ES 035000181855, Relator: ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON, Data de Julgamento: 17/07/2007, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/08/2007, grifei).

No mesmo sentido, colho o seguinte precedente do Tribunal Gaúcho:

“AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE TERCEIRO. MANUTENCAO DE POSSE. **POSSE PRECÁRIA E INJUSTA QUE NÃO AUTORIZA GARANTIA DE PROTEÇÃO CONTRA EVENTUAIS AÇÕES DE PROPRIETÁRIOS**. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME”. (Agravo Nº 70019344951, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 03/05/2007, grifos meus).

Por derradeiro, parece-me oportuno destacar que a ré/apelada, enquanto buscava a declaração judicial de rescisão do contrato de compra e venda, não tinha como se insurgir contra a permissão de posse que a promitente compradora franqueou ao embargante/apelante. Todavia, com a resolução proclamada, e mantida por esse Sodalício, deixando a promitente compradora de ostentar qualquer disponibilidade sobre o imóvel, a permissão de posse até então concedida ao recorrente, diga-se, sem anuência da vendedora, também deixou de vigorar, devendo ele sujeitar-se à eficácia obrigatória daquele ato judicial.

Mudando o que tem que ser mudado:

“EMBARGOS DE TERCEIROS.

[...]

“Terceiros embargantes, na condição de locatários, não podem impedir a execução de sentença transitada em julgado, em favor de promitente-vendedora especialmente se o locador não mais detém a posse diante da resolução dos contratos de promessa de compra e venda de imóveis.” (Agravo de Instrumento nº 97.006614-7, de Balneário Camboriú, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

Ainda:

“COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Rescisão contratual c/c reintegração de posse. Promitente comprador que permite ocupação do imóvel por terceiros, sem anuência da promitente vendedora. Descumprimento à obrigação assumida no contrato. Quebra contratual. Caracterização. Acolhimento do pedido, reintegrando a autora na posse. Sentença de procedência mantida. Ratificação dos fundamentos do “decisum”. Aplicação do art. 252 do RITJSP/2009. Recurso improvido.” (TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Álvaro Passos)

Diante de tal cenário, inviável o prosseguimento dos embargos, seja pela ausência de ato constitutivo, seja pela inexistência, em relação à apelada, de posse legítima e pautada por boa-fé, não sendo demais realçar que “pode o juiz, em ação de embargos de terceiro, rejeitá-los liminarmente, se ao simples exame da inicial e seus documentos certificar-se de sua impertinência” (Ap. Cív. 96.006155-0, Rel. Des. Francisco Borges).

Isso posto, voto pelo conhecimento e provimento do recurso, para desconstituir a sentença que reconheceu a intempestividade da ação de tonada e, prosseguindo no julgamento, indefiro liminarmente os embargos, sujeitando o apelante ao pagamento das custas processuais.

É como voto.

Agravo de Instrumento n. 2014.018231-2, de Joinville

Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA ADOLESCENTE (14 ANOS DE IDADE). PROBLEMAS DE RELACIONAMENTO COM A MADRASTA. DEFERIMENTO DA LIMINAR QUE ACARRETERÁ TRAUMAS E DISSABORES NO RELACIONAMENTO FAMILIAR. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I - No tocante à guarda de crianças e adolescentes, tem-se por escopo principal atender às suas necessidades de ordem afetiva, social, cultural e econômica. Assim, evidencia-se dos autos, no caso, que a permanência da adolescente com a genitora é medida mais salutar para a menor, uma vez que há indícios de conflitos com a nova esposa do genitor, atendendo melhor aos seus interesses, que se sobrepõem à vontade de seus pais.

II - Destarte, nessa fase embrionária processual, mister se faz a manutenção da decisão objurgada, pois os elementos carreados no caderno processual são insuficientes para ensejar o deferimento da liminar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2014.018231-2, da comarca de Joinville (2ª Vara da Família), em que é agravante L. W., e agravada D. da S.:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 18 de setembro de 2014, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Eládio Torret Rocha, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Mariano do Nascimento.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo senhor Procurador de Justiça Sandro José.

Florianópolis, 22 de setembro de 2014.

Joel Dias Figueira Júnior
RELATOR

RELATÓRIO

L. W. (genitor) interpôs *agravo de instrumento* contra D. da S. (genitora) objetivando, em síntese, a reforma da decisão que, nos autos da Ação Cautelar de Busca e Apreensão de Menor n. 038.14.005487-9, indeferiu o pedido liminar e diante da guarda compartilhada, alterando a residência de referência a casa da agravada.

Alegou o Agravante que, na demanda n. 038.14.005487-9 a Magistrada Hildemar Meneguzzi de Carvalho ao sentenciar determinou que a guarda de T. (atualmente com 14 de idade), fosse compartilhada, fixando a residência base, a casa do Recorrente.

Porém, nas férias escolares (dezembro de 2013) a adolescente foi para a casa de sua genitora, e não mais retornou, descumprindo a ordem judicial. O suposto desentendimento com a madrasta não pode servir de embasamento para alterar a residência da adolescente que está sem frequentar a escola. Pondera, ainda, que sempre foi um homem trabalhador e pai dedicado oferecendo um lar estável e harmonioso para suas filhas.

Requeru a concessão de liminar para a busca e apreensão de sua filha, voltando a ser a sua casa a residência base da adolescente, e, ao final, o conhecimento e o provimento do recurso. Juntou documentos (fls. 12-22).

A antecipação da tutela recursal postulada pela Agravante foi indeferida pela Desa. Subst. Cláudia Lambert de Faria, (fls. 40-44).

O prazo para apresentar contrarrazões transcorreu *in albis* (fls. 48).

O Ministério Público, em parecer da lavra do eminente Procurador de Justiça Mário Luiz de Melo, opinou pelo conhecimento e desprovisionamento do recurso (fls. 54-62).

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso.

É o relatório.

VOTO

O recurso merece ser conhecido e desprovido pelas seguintes razões, vejamos:

O nó górdio da questão versa sobre quem deve permanecer com a guarda de T. (14 anos de idade), pois na ação de modificação de guarda, visitas e alimentos (n. 038.10.054503-0), foi determinada a guarda compartilhada da adolescente; porém, quando ela foi passar as férias de verão (dezembro de 2013), com a sua genitora não mais retornou para a casa paterna.

Tal situação gerou um impasse forçando o Agravante a ajuizar busca e apreensão da menor, sendo a liminar indeferida em primeiro grau, pois o Estudo Social realizado (fls. 35-37), constatou que a adolescente recusa-se a retornar para a casa paterna em razão de conflitos e supostos maus-tratos efetuados pela madrasta.

Fato este veementemente negado pelo Agravante.

Como bem ponderou a Magistrada de primeiro grau, Dra. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, a busca e apreensão da adolescente para cumprimento de ordem judicial, poderia acarretar a menor mais traumas e problemas no seu desenvolvimento, assim, necessário acompanhamento psicológico para melhor analisar a situação de fato.

Como muito bem destacou a Desembargadora Substituta Cláudia Lambert de Faria:

É cediço que as ações de busca e apreensão, guarda ou modificação de guarda, que envolvem a preservação dos interesses de menores, devem sempre primar pela garantia do bem-estar físico e emocional destes, preservando o máximo possível as suas referências.

Assim, até o pronunciamento final da demanda, as modificações da criança de lar devem ocorrer somente quando se mostrar insustentável o convívio.

Na espécie, verifica-se que, na data de 06/05/13, a guarda da filha das partes foi estabelecida judicialmente de forma compartilhada; porém, a residência do agravado foi fixada como sendo o domicílio de referência da menor (fls. 156/163 - autos de origem, anexo 1).

Todavia, com a realização do estudo social de fls. 35/37, datado de 19/02/14, ficou constatado que a adolescente foi visitar sua mãe em dezembro de 2013 e, por sua vontade, não mais retornou à residência paterna. Nesse sentido, citam-se os seguintes trechos, onde constam os relatos da menor:

“[...]”

Que os pais praticamente não conversam e que não está visitando ele porque teme que não deixe voltar para a casa da mãe.

Que em dezembro de 2013, quando iniciou as férias escolares foi visitar a mãe e desde então está morando com ela. Não deseja retornar para a casa do pai porque não se entende com a madrasta. Que esta ameaça de bater quando o pai está ausente. Que já tentou conversar com o pai a respeito mas ele não aceita conversar e este não lhe dá a atenção que gostaria, Que muitas vezes tanto o pai como a madrasta xingam e brigam e que não esta mais se sentindo bem. Que obedecia o pai e a madrasta. Sua rotina era dormir de manhã até perto do meio dia e à tarde estudar.

“[...]”

Questionada sobre como estavam ocorrendo as visitas, a adolescente relatou que desde dezembro não foi mais na casa do pai porque ele não aceita conversar. Que ele ameaçou de ir buscá-la na casa da mãe com a polícia. Que mesmo que a polícia vá, disse que não quer mais morar com ele, por causa da madrasta.

“[...]”

A adolescente referiu ainda que sua relação com o pai é boa, mas queixou-se que ele não dá atenção e não conversa. Refere que se relaciona bem com a mãe e o padrasto.” (fl. 36).

Portanto, observa-se que, após a definição da guarda judicial, surgiu fato novo consubstanciado na vontade da adolescente, que já possui 14 anos de idade, de não mais residir com o genitor e a família deste.

Assim, considerando a fase inicial em que se encontra o processo, tendo em vista a inexistência de maiores elementos revelando o motivo pelo qual a

adolescente não quer residir com o genitor, pois realizado apenas um estudo social, diante da ausência de provas aptas a apurar o ambiente mais favorável ao desenvolvimento da filha, haja vista a nova realidade delineada nos autos e, ainda, o desejo da adolescente de continuar sob os cuidados de sua genitora, torna-se prudente a manutenção da decisão agravada, a fim de preservar os interesses da menor.

[...]

Note-se que o deferimento da busca e apreensão, neste momento e contra a vontade da própria menor, poderia ser extremamente prejudicial a esta, que retornaria contrariada à residência do genitor.

Além disso, a concessão da tutela antecipada, nesta fase processual, em decisão sujeita a ser reformada, quando do julgamento definitivo do presente agravo de instrumento pela Câmara competente, criaria uma situação de instabilidade que em nada contribuiria para preservar a adolescente, cujo direito prevalece sobre qualquer outro.

Outrossim, até o momento, o agravante não conseguiu produzir prova suficientemente capaz de convencer que a genitora não esteja apta para cuidar da menor, circunstância esta que deverá ser melhor averiguada nos autos da ação originária.

Ademais, não há informação de qualquer conduta, por parte da agravada, de maus-tratos, nem de negligência, ou fato que evidencie prejuízo à estrutura moral, psicológica ou física da filha, não se vislumbrando motivo para a imediata busca e apreensão.

Aliás, quanto ao fato da menor não estar frequentando o colégio, importante consignar que a magistrada singular, na decisão agravada, advertiu a genitora para, imediatamente, providenciar a matrícula escolar da filha (fl. 30).

Logo, conclui-se que a permanência da adolescente com a agravada não lhe causará prejuízo, até que haja prova em sentido contrário, evidentemente.

Antes disso, essa permanência virá em benefício de seus próprios interesses. (fls. 40-41).

Entendimento este corroborado pelo Procurador de Justiça Mário Luiz de Melo, que destacou:

Desta maneira, incontroverso que, após a fixação da guarda judicial, ocorreu alteração do domicílio da adolescente em virtude de não mais desejar residir como genitor e sua família.

Ao que nos parece, em análise apenas preliminar – considerando a fase processual em que se encontra os autos e a falta de maiores elementos relevando o motivo dos desentendimentos familiares, além do supracitado Estudo Social -, a relação da menor e do genitor permanece saudável, devendo-se tentar resguardá-la ao máximo, mesmo que isto implique na alteração ou mudança de residência da filha, e do próprio convívio diário até então existente.

Assim, neste momento e contra a vontade da própria adolescente, o retorno da situação anterior – residência base a morada paterna – com a conseqüente busca e apreensão da filha, não se revela recomendável e extremamente prejudicial, criando uma situação de instabilidade e até de revolta entre pai/filha e vice-versa, com risco de romper o elo saudável existente entre as personagens, diante da alegação mútua de desvio de confiança.

Aliás, considerando-se que T., já conta com 14 anos de idade e que sua vontade deve ser considerada, bem como pelo fato de a guarda já ser exercida de forma compartilhada (já tendo sido realizados vários estudos sociais em ambas as residências, comprovando que os dois lares seriam propícios à criação da infante), não havendo nos autos qualquer informação de conduta desabonadora em relação a agravada ou de que não está apta a cuidar da filha, não se justifica a reforma do *decisum* atacado, devendo ser mantido integralmente. (fls. 52-64).

Nesse sentido a Corte Barriga Verde assim já se posicionou:

GUARDA PROVISÓRIA DE MENOR DEFERIDA AO GENITOR - ALTERAÇÃO PRETENDIDA PELA GENITORA - AUSÊNCIA DE MOTIVO GRAVE E DE CONDUTA DESABONADORA DO GENITOR PARA JUSTIFICAR O ACOLHIMENTO DO PLEITO - SITUAÇÃO FÁTICA QUE DEVE SER MANTIDA ATÉ O FINAL DA INSTRUÇÃO NO INTERESSE DO MENOR - AGRAVO DESPROVIDO.

1. “Nem sempre o que é de interesse dos pais é a melhor alternativa para seus filhos... As crianças têm de ter assegurada a melhor condição de continuidade de seu desenvolvimento. Cabe aos profissionais do Direito esclarecimentos, ações e decisões que possam restabelecer a prioridade desejável” (RT 716/346).

Restando claro que a genitora deixou o filho sponte sua com os avós paternos, com o fito de mudar de residência e buscar emprego, o que perdurou por meses, a ponto de passar o menor para a guarda de fato do genitor, é absolutamente compreensível que o status quo seja mantido e somente por prova inconcussa das condições materiais e morais dos genitores, aferidas no curso da demanda, possa haver decisão judicial mais consentânea com os interesses do menor.

2. É da dicção do art. 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente que as decisões judiciais concernentes à guarda não transitam em julgado e podem ser revistas, bem como modificadas a qualquer tempo, sempre no interesse do menor (Ap. Cív. n 2003.002185-0, de Criciúma, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 25-4-2003).

Destarte, nessa fase embrionária processual, mister se faz a manutenção da decisão objurgada, pois os elementos carreados no caderno processual são insuficientes para ensejar o deferimento da liminar.

É o voto.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 2013.073143-5, de Joinville

Relator: Des. Jairo Fernandes Gonçalves

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL COM PARTILHA DE BENS. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. ALEGAÇÃO DO RÉU DE QUE APENAS NAMORAVAM. DESCABIMENTO. CONVIVÊNCIA DURADOURA, ESTÁVEL E PÚBLICA. UNIÃO ESTÁVEL RECONHECIDA. REQUISITOS DO ARTIGO 1º DA LEI N. 9.278 E DO ARTIGO 1.723 DO CÓDIGO CIVIL PREENCHIDOS. BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA CONVIVÊNCIA E DE FORMA ONEROSA. PRESUNÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO DE AMBOS NÃO AFASTADA. PRODUTOS DO ESFORÇO COMUM DO PAR. PARTILHA MANTIDA. PLEITO DE COMPENSAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA. DEMANDADO QUE RESTOU VENCIDO. CRITÉRIOS LEGAIS ATENDIDOS. VERBA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.073143-5, da comarca de Joinville (2ª Vara da Família), em que é apelante A. da S., e apelada J. A. D.:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e desprovê-lo. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 18 de setembro de 2014, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Sérgio Izidoro Heil, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Substituto Odson Cardoso Filho.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Alexandre Herculano Abreu.

Florianópolis, 19 de setembro de 2014.

Jairo Fernandes Gonçalves
RELATOR

RELATÓRIO

J. A. D. ajuizou, na comarca de Joinville, Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável, registrada com o n. 038100398550, contra A. da S., com o objetivo de reconhecer a união estável entre o casal durante o período aproximado de mais de 10 anos. Sustentou ter iniciado o namoro com o réu na adolescência e com ele convivido como se casados fossem desde 1994/1995 até 2008. Alegou terem adquirido, ao longo da vida em comum, 1 imóvel (apartamento n. 203, localizado na Avenida Santos Dumont, n. 1.516, no Bairro Bom Retiro, na cidade de Joinville/SC) e um automóvel (Ford/Fiesta, placas MGF-4461), ficando acordado que, após a venda, cada um receberia o valor correspondente à metade dos bens, o que não ocorreu.

Por fim, requereu o reconhecimento da união estável e sua dissolução, bem como que fosse o réu condenado ao pagamento de 50% do valor das vendas, com os acréscimos legais, custas processuais e honorários advocatícios. Pugnou ainda pela concessão dos benefícios da assistência judiciária, o que foi deferido à fl. 102.

Citado (fl. 107), o réu compareceu à audiência, em que restou inexistente a conciliação, e apresentou contestação (fls. 113-118), na qual afirmou jamais ter residido na casa da autora, ter adquirido sozinho o carro e o apartamento. Aduziu que, apesar do término do relacionamento, por culpa de ambos, nunca pretendeu reter os bens. Impugnou o pleito de assistência judiciária, e pugnou pela total improcedência da demanda.

Houve réplica às fls. 169-173. Ato contínuo, fora determinado o depósito em juízo do valor incontroverso (R\$ 8.292,41) (fl. 187), tendo o réu peticionado e juntado o comprovante de depósito do valor atualizado (R\$ 9.276,74) (fls. 198-202).

Durante a instrução, foram colhidos os depoimentos pessoais das partes, através do sistema audiovisual (CD – fl. 207), e deferida a expedição de alvará em favor da autora (fl. 204).

Após as alegações finais (fls. 217-219 e 233-236) e manifestação do Ministério Público pela não intervenção (fl. 237), sobreveio a sentença (fls. 253-258) que julgou procedentes os pedidos para reconhecer a união estável desde 1996 a 1-12-2008, declarando-a dissolvida desde então, e determinar a partilha igualitária do patrimônio amealhado no período, condenando o réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 3.000,00.

A. da S., inconformado, interpôs recurso de Apelação Cível (fls. 273-282), no qual aduziu, em síntese, haver manifesto equívoco quanto ao reconhecimento da união estável, pois apenas namoravam, sendo que os bens foram frutos de seu trabalho. Pugnou pela reforma integral da sentença e pela compensação da verba honorária.

O recurso não foi recebido porquanto considerado intempestivo (fl. 287), tendo o réu oposto Embargos de Declaração (fls. 289-290), o qual foi acolhido, retificando-se ser o apelo tempestivo (fl. 297).

J. A. D. foi intimada e apresentou contrarrazões às fls. 299-303.

Logo após, os autos foram remetidos a esta superior instância, e o Ministério Público, em parecer da lavra do Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Mário Gemin, opinou pela não intervenção do Órgão (fl. 318).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, razão pela qual merece ser conhecido.

Insurge-se o apelante contra a sentença de procedência, alegando haver manifesto equívoco em relação ao reconhecimento da união estável, bem como na divisão dos bens, haja vista nunca terem tido uma vida efetiva de casal – não dividiam nem o mesmo quarto –, tampouco ter sido tratado como marido.

Razão, contudo, não lhe assiste.

Extrai-se do artigo 1º da Lei n. 9.278 e do artigo 1.723 do Código Civil que o reconhecimento da união estável, assegurada pela Constituição Federal de 1988 (§ 3º do artigo 226), necessita do preenchimento dos seguintes requisitos: convivência duradoura e estável; relação pública e contínua; e objetivo de constituição familiar.

Todavia, há de se ressaltar que, para que se configure a união estável, a doutrina e a jurisprudência entendem que o referido dispositivo legal deve ser interpretado no sentido de que não é suficiente o simples “objetivo de constituição de família”, pois, se assim não fosse, “o mero namoro ou noivado, em que há somente o objetivo de formação familiar, seria equiparado à união estável, o que, evidentemente, não foi a intenção do legislador” (Apelação Cível n. 2011.040239-4, rel. Des. Saul Steil, julgada em 10-4-2012).

Em outras palavras, relações de caráter meramente afetivos não configuram união estável, “ainda que repetidas por largo espaço de tempo”, uma vez que a união estável “é manifestação aparente de casamento, caracteriza-se pela comunhão de vidas, no sentido material e imaterial, isto é, pela constituição de uma família” (MONTEIRO, Washington de Barros e SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47).

Essa também é a orientação deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. SENTENÇA QUE EXTINGUE O PROCESSO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. CONCORRÊNCIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO, NOTADAMENTE INTERESSE PROCESSUAL. UNIÃO ANTERIOR DESFEITA EXTRAJUDICIALMENTE. DISCUSSÃO RELATIVA AO PERÍODO POSTERIOR EM QUE O APELANTE ALEGA RECONCILIAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ÔNUS QUE COMPETE AO AUTOR, A TEOR DO ARTIGO 333, I DO CPC. RELAÇÃO DE SIMPLES NAMORO QUE NÃO SE CONFUNDE COM A CONVIVÊNCIA PRECONIZADA PELO ARTIGO 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I- Um dos requisitos imprescindíveis à caracterização da união estável é a publicidade, ou seja, a convicção das pessoas do meio em que circula o casal, acerca de sua relação conjugal, como se casados fossem.

II- Não se confunde o simples namoro, descompromissado e inconsequente, com a união estável, relação ontologicamente aproximada ao casamento, na qual se exige para o reconhecimento, prova da seriedade, exclusividade, continuidade e, sobretudo, do objetivo de formação de família.

III- Na ausência de comprovação do instituto familiarista em questão, descabido falar-se em partilha do acervo comum. IV- Ainda que presentes os requisitos informadores da união estável, a comunicação dos bens adquiridos no interregno da relação, submete-se ao fato de se tratar de aquisições onerosas, cedendo ante à prova de doação, herança ou sub-rogação, por força do disposto no artigo 1.725 do Código Civil vigente (Apelação Cível n. 2011.026557-6, de Jaguaruna, rel. Des. Ronei Danielli, julgada em 23-11-2011).

Registre-se que, embora a lei não mencione quanto ao lapso temporal mínimo para a caracterização da união estável, a relação não deve ser efêmera, circunstancial, mas sim prolongada no tempo e sem solução de continuidade.

Dos autos, apesar das versões contraditórias apresentadas pelas partes, dúvidas não restam que J. A. D. e A. da S. mantiveram união estável entre os anos de 1996 e 2008. E isso porque, do contexto probatório

extraído dos autos é possível constatar que houve, sim, a união e a manutenção do relacionamento por mais de 10 anos.

As fotografias (fls. 26-93), as quais demonstram que o réu esteve presente em vários eventos com a autora, tais como formatura do ensino médio desta, casamento da irmã do demandado, viagens e passeios com a família da demandante, formatura de dança gaúcha, aniversários, batizados, casamentos em que foram testemunhas, além daquelas em que o réu aparece na casa dos pais da autora; as certidões de batismo e contribuição do dízimo (fls. 19-22), e especialmente os documentos de fls. 23-24 (reserva da data de casamento em nome dos litigantes e respectivo recibo de pagamento referente ao agendamento) dão conta da aparência familiar estabelecida por ambos e demonstram o convívio entre o casal e outras pessoas.

Se não bastasse, dos próprios depoimentos pessoais colhidos durante a instrução (CD – fl. 207), restou evidenciado que o réu começou a dormir na casa dos pais da autora já no ano seguinte após o começo do namoro (1995) e, apesar do recorrente afirmar que não dormiam no mesmo quarto, tampouco dividiam as despesas da casa, declarou que se respeitavam como se marido e mulher fossem, e que os amigos sabiam que conviviam juntos, assentando, assim “a existência de convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família entre as partes, no período declarado na sentença” (Apelação Cível n. 2013.084496-9, rel. Des. Henry Petry Junior, julgada em 29-5-2014).

Em assim sendo, resta incontroverso que J. A. D. e A. da S. mantiveram união estável entre os anos de 1996 e 2008, não só pela vida compartilhada pelo casal, mas também pelo fato de terem marcado e reservado a data do casamento (fls. 23-24), motivo pelo qual deve a sentença ser mantida nesse ponto.

No tocante à partilha do patrimônio comum, argumenta o recorrente terem os bens (veículo e apartamento) sido adquiridos pelo seu próprio esforço, fruto do seu trabalho, não sendo justa a meação dos mesmos, especialmente porque, além de a autora nunca ter precisado realizar afazeres domésticos, já que moravam com os pais dela, sua colaboração para aquisição dos bens sempre foi ínfima.

Melhor sorte não lhe socorre. Isso porque, tendo a união estável entre os litigantes se estabelecido, como visto, entre os anos de 1996/2008, o direito aplicável à espécie é aquele disciplinado pela Lei n. 9.278/1996, que regulamentou o § 3 do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, no sentido de que os bens (móveis e imóveis) adquiridos por um ou por ambos os conviventes a título oneroso, na constância da união, “devem ser partilhados igualmente, independente de qual tenha sido a contribuição de cada convivente para a consecução do resultado patrimonial, pois presume-se produto do esforço comum do par” (TJRS – Apelação Cível n. 70013221874, rel. Des. Sérgio Fernando Silva de Vasconcellos Chaves, julgada em 11-1-2006).

Assim, em que pese a afirmação do recorrente de que os bens foram adquiridos única e exclusivamente pelo seu próprio esforço, não há como afastar a presunção de contribuição de ambos os conviventes, pouco importando quanto cada um colaborou para a aquisição dos mesmos, justamente porque, além de não ter o réu comprovado fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito da autora – como por exemplo a aquisição dos bens com recursos próprios da venda de outros bens de sua propriedade –, tanto o automóvel quanto o apartamento descritos no relatório foram adquiridos na constância da união, conforme declaração das partes (CD – fl. 207), devendo ser mantida a partilha como bem fez a magistrada sentenciante.

Ou seja, ainda que não se negue ter o réu utilizado o valor do seu FGTS (R\$ 10.000,00) como entrada na compra do referido apartamen-

to, situação confessada pela própria autora em seu depoimento pessoal (CD – fl. 207), não há como afastar a presunção de esforço comum para aquisição de bens durante a união.

E isso porque, além de a quantia dispendida pelo apelante ser considerada ínfima frente ao valor de venda do imóvel (fls. 150 e 154), e ser sabido que o dito esforço não é representado apenas por dinheiro, dúvidas não restam que ambos contribuíram para a compra do imóvel, tendo ficado demonstrado que a autora também alocou valores nos respectivos bens (veículo e apartamento): ajudando no pagamento das prestações do imóvel e depois com o valor do aluguel do mesmo, bem como com o pagamento do seguro do automóvel.

De se referir ainda, que, ao que tudo indica, o apartamento foi adquirido nos últimos anos da união estável, pois é possível se inferir pelos fatos narrados nos autos, corroborados pelos depoimentos pessoais em Juízo (CD – fl. 207), que os litigantes teriam tido ganhos com os alugueres do apartamento entre 2008/2009, confirmando assim que dito imóvel foi adquirido pelo casal a fim de que pudessem ter uma residência para chamar de sua, ante o casamento que se aproximava (31-10-2009, fls. 23-24).

Cabe esclarecer também, que os cálculos apresentados pelo demandado nas suas razões recursais, na tentativa de ver reformada a decisão de primeiro grau, sob o fundamento de que já teria efetuado o depósito do montante devido à apelada, não se prestam a modificar a partilha do patrimônio amealhado tal qual como determinado pela Togada singular, porquanto incorreta, pelos fatos e fundamentos acima demonstrados, pois que considerou o depósito (fls. 198-202) a ser observado quando da liquidação.

Por fim, pugna o réu pela compensação da verba honorária, face a realidade vivenciada, em consonância com a peça defensiva, planilha e documentos, bem como de acordo com o artigo 282, inciso V, do Código de Processo Civil.

No caso dos autos, não há nenhum retoque a ser feito com relação aos honorários advocatícios, pois, além de a autora ter obtido sucesso nos pedidos formulados (reconhecimento e dissolução da união estável, e divisão com relação ao veículo e ao apartamento), ainda que com alguns descontos, tal fato não importa para fins de estipulação da verba de sucumbência, uma vez que o direito da parte foi reconhecido, sendo indiferente, para este fim, os valores pecuniários correspondentes ao reconhecimento do direito afirmado, motivo pelo qual não há falar em compensação da verba honorária, face o princípio da sucumbência, que consiste em atribuir à parte vencida na causa, no caso o apelante, a responsabilidade por todos os gastos do processo.

Outrossim, tem-se que o valor fixado em primeiro grau (R\$ 3.000,00) mostra-se condizente com o que dispõe o artigo 20, § 3º, e alíneas do Código de Processo Civil: o grau de zelo do profissional (satisfatório e diligente), o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa (de complexidade regular), o trabalho realizado pelo advogado (prática de atos processuais comuns à espécie, produção de provas documentais, além de comparecimento em audiência de instrução e julgamento) e o tempo exigido para o seu serviço (trâmite que durou mais de 4 anos, levando-se em conta a apreciação do recurso).

Desse modo, tem-se que os honorários advocatícios também devem ser mantidos como fixados na sentença de primeira instância.

Ex positis, vota-se no sentido de conhecer do recurso e de negar provimento a ele, mantendo-se a partilha dos bens conforme a sentença recorrida.

Apelação Cível n. 2012.090604-6, da Capital

Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES COM PERDAS E DANOS. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO ZERO QUILOMETRO QUE APRESENTOU VÍCIO OCULTO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSOS DAS DEMANDADAS. PRELIMINARES. CERCEAMENTO DE DEFESA DIANTE DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA E OITIVA DE TESTEMUNHAS DIANTE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. REJEIÇÃO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL E ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. PRESENTES AS CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRELIMINARES AFASTADAS. MÉRITO. DECADÊNCIA. INSUBSISTÊNCIA DA AFIRMATIVA. VÍCIO RECLAMADO AINDA NO PRAZO DE GARANTIA. ALEGAÇÃO AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE FABRICAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA. CONSUMIDORA QUE RECLAMOU DIVERSAS VEZES DE PROBLEMAS NO VEÍCULO. ORDENS DE SERVIÇO HÁBEIS A COMPROVAR SUAS ALEGAÇÕES. DEMANDADAS QUE NÃO LOGRARAM ÊXITO EM COMPROVAR A INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS OU QUALQUER CAUSA EXCLUDENTE DO DEVER DE INDENIZAR. DESFAZIMENTO DO CONTRATO E DEVOLUÇÃO DA QUANTIA PAGA QUE SE IMPÕE. EXEGESE DO ART. 18, §1º, II, DO CDC. RESTITUIÇÃO COM BASE DE CÁLCULO NO VALOR DO VEÍCULO DE MODELO ATUAL ZERO QUILOMETRO EQUIVALENTE AO ADQUIRIDO, DEVIDAMENTE ATUALIZADO. INSURGÊNCIA DAS APELANTES EM RELAÇÃO AOS LUCROS CESSANTES. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. VERBA INDEVIDA. SENTENÇA REFORMADA NESTE PONTO. DANOS EMERGENTES DEVIDAMENTE COMPROVADOS. INACOLHIMENTO. DANO MORAL. CRISTALINA FRUSTRAÇÃO DA AUTORA, AO ADQUIRIR UM VEÍCULO NOVO VENDENDO-SE IMPOSSIBILITADA DE USUFRUIR PLENAMENTE DO SEU AUTOMÓVEL. REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CARACTERIZADOS. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. PLEITO DE MINORAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA. POSSIBILIDADE. ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. CORRE-

ÇÃO MONETÁRIA DEVIDA DESDE A DATA DO ARBITRAMENTO DA VERBA INDENIZATÓRIA E JUROS DE MORA A PARTIR DA PRIMEIRA RECLAMAÇÃO DA REQUERENTE. OBSERVÂNCIA DAS SÚMULAS NOS. 54 E 362 DO STJ. PEDIDO DE REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.090604-6, da comarca da Capital (3ª Vara Cível), em que são apelantes Le Monde Comércio de Veículos Ltda e Peugeot Citroen do Brasil Automóveis Ltda, e apelada Maeli Martini Parise:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar-lhes parcial provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Henry Petry Junior e Odson Cardoso Filho.

Florianópolis, 16 de outubro de 2014.

Sérgio Izidoro Heil
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de apelações cíveis respectivamente interpostos por Le Monde Comércio de Veículos Ltda. e Peugeot Citroen do Brasil Automóveis Ltda. contra sentença proferida pela Juíza de Direito da 3ª Vara Cível da comarca da Capital que, nos autos da “ação de restituição de valores com perdas e danos” n. 023.09.081868-0, interposta por Maeli Martini Parise, assim decidiu:

Ante o exposto, julgo PROCEDENTES os pedidos formulados na presente AÇÃO ORDINÁRIA DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C PERDAS E DANOS ajuizada por MAELI MARTINI PARISE, contra PEUGEOT-CITRÖEN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA E CITRÖEN LE MONDE COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA., para em consequência:

- a) DECLARAR a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no caso em apreço, invertendo o ônus da prova;
- b) CONDENAR as requeridas a restituírem a quantia de R\$ 53.266,00 (cinquenta e três mil, duzentos e sessenta e seis reais) paga pelo veículo, mediante a devolução pela autora do automóvel, bem como ao pagamento de R\$ 303,00 (trezentos e três reais) referentes aos danos emergentes, os quais deverão ser acrescidos pelos índices do INPC a partir do respectivo desembolso e de juros moratórios a partir da citação inicial (CPC, art. 219 “caput” e CC/2002, art. 405), no patamar de 1% ao mês (CC/2002, art. 406).
- c) CONDENAR as requeridas ao pagamento de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) referentes aos lucros cessantes, importe que deverá ser corrigido monetariamente pelos índices do INPC a partir do ajuizamento da demanda, e acrescido de juros moratórios a partir da citação inicial no patamar de 1% ao mês (CC/2002, art. 406);
- d) CONDENAR as requeridas solidariamente ao pagamento de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos morais, devendo incidir a correção monetária sobre este valor a partir da data da sentença pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça, e os juros moratórios a partir do evento danoso, no caso, a data da constatação do primeiro defeito comprovado pela Ordem de Serviço de fl. 27 – 18/03/2009, por força da Súmula 54 do STJ no patamar de 1% (um por cento) ao mês (CC/2002, art. 406);
- e) CONDENAR as requeridas solidariamente ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor total da condenação, a teor do artigo 20, §3º do Código de Processo Civil.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. (fls. 209/230).

Em suas razões recursais, a apelante Le Monde Comércio de Veículos Ltda. sustentou, preliminarmente, que: sofreu cerceamento de defesa, pois requereu a produção de prova pericial e testemunhal e, mesmo assim, a magistrada *a quo* inverteu o ônus da prova e decidiu pelo julgamento antecipado da lide; há falta de interesse processual pela requerente, uma vez que não pleiteou o desfazimento do negócio na esfera extrajudicial; é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda,

porquanto não fabricou o veículo em questão. No mérito, alegou, em síntese, que: o prazo decadencial para a reclamação do defeito no produto já transcorreu, uma vez que a ação foi ajuizada mais de 90 (noventa) dias após a aquisição do veículo ou do conhecimento do vício oculto; a apelante é isenta de responsabilidade, pela extinção da garantia; o produto não apresenta defeitos de fabricação; a apelante prestou os serviços requeridos à apelada; o veículo não se encontra imprestável, de modo que a restituição dos valores pagos é incabível; os lucros cessantes e danos emergentes não são devidos, diante da ausência de provas de sua ocorrência; não houve ação por parte da apelante que ensejasse o pagamento de danos morais à apelada, e caso a indenização extrapatrimonial não seja afastada, que seu *quantum* seja minorado e que os juros moratórios incidam a partir da data da fixação ou da citação; os honorários advocatícios devem ser reduzidos, pois não houve dilação probatória nos presentes autos. Por fim, pleiteia pelo provimento do apelo (fls. 241/269).

Por sua vez, a apelante Peugeot Citroen do Brasil Automóveis Ltda. aduziu, em síntese, que: teve sua defesa cerceada, diante da inversão do ônus da prova e do julgamento antecipado da lide sem a realização de prova pericial; não há provas de vícios no produto e este se presta aos fins a que se destina, o que obsta o desfazimento do negócio e a devolução dos valores pagos na aquisição do veículo; é incabível o pagamento de lucros cessantes e danos emergentes, uma vez que não estão minimamente comprovados; não estão presentes os requisitos para a configuração do dano moral; alternativamente, pleiteou a redução do *quantum* indenizatório (fls. 274/295).

Com as contrarrazões às apelações (fls. 304/317 e 318/337) os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

VOTO

Porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se de ambos os recursos.

Insurgem-se os recorrentes contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, para que seja restituída à autora a quantia paga pelo veículo adquirido da segunda requerida, assim como para que pague indenização por danos materiais (lucros cessantes e danos emergentes) e danos morais.

I. Ambas as apelantes arguíram, preliminarmente, o cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide e a inversão do ônus da prova. Sustentam a imprescindibilidade da realização de prova pericial e testemunhal para o deslinde do feito, razão pela qual requereram a anulação da sentença guerreada.

Contudo, melhor sorte não lhes assiste, pois inexistem elementos que demonstrem qualquer vício processual.

Necessário registrar ser o magistrado o destinatário das provas, destinadas a formar no espírito daquele a convicção acerca dos fatos alegados pelas partes. Assim, cabe-lhe verificar, diante do princípio do livre convencimento motivado (CPC, art. 131), se as provas carreadas aos autos são suficientes a formar sua convicção sobre a causa.

Se o julgador entende ser bastante o que já lhe foi apresentado, deve indeferir os pedidos pela produção de novas provas, obrigado que está a velar pela rápida solução do litígio (CPC, art. 125, II) e a indeferir as diligências inúteis e meramente protelatórias (CPC, art. 130).

Sobre o assunto, Moacyr Amaral Santos leciona:

Ao juiz é concedido o poder de formar livremente a sua convicção quanto à verdade emergente dos fatos constantes dos autos. Quer dizer que o juiz apreciará e avaliará a prova dos fatos e formará a sua convicção livremente quanto

à verdade dos mesmos. A convicção, que deverá ser motivada, terá que se assentar na prova dos fatos constantes dos autos e não poderá desprezar as regras legais, porventura existentes, e as máximas de experiência (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. 2, Editora Saraiva, 1997, p. 78).

No mesmo norte, colhe-se do julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Pelo princípio do livre convencimento, o art. 145 do CPC apenas faculta ao juiz o auxílio de um *expert* para a produção de necessária prova técnica, o que não se confunde com a vinculação do magistrado às conclusões da perícia (REsp n. 865.803, rel. Min. Aldir Passarinho Jr, j. 11.5.2010).

Efetuando contrapeso entre a celeridade processual e a segurança jurídica, nortes a serem observados na avaliação das provas a serem produzidas, o Código de Processo Civil estabeleceu as hipóteses em que é admissível julgamento antecipado da lide, abreviando o procedimento em primeiro grau de jurisdição e arredando a fase instrutória do feito. Tais casos estão delineados no art. 330 do CPC, que assim estatui:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II - quando ocorrer a revelia (art. 319).

Acerca do tema, Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Pinto afirmam:

O julgamento antecipado da lide marca-se pela desnecessidade ou irrelevância da audiência para produção de prova, ou porque a questão de mérito se resume na aplicação da lei ao caso concreto, já definido pela ausência de qualquer controvérsia em torno dos fatos, e, então, encontra aplicação a regra de que acerca do direito não se faz prova, por força da aplicação do princípio do *iura novit curia* (art. 330, I, 1ª frase), ou, então, a audiência se torna desnecessária, porque, apesar da existência de questões de fato que dependam de prova, essa prova não é oral e nem há prova pericial, e não será realizada em audiência, por ser exclusivamente documental, por exemplo (art. 330, I, 2ª frase) (Manual do Direito Processual Civil. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. V. II. p. 226).

Na hipótese, vê-se que é desnecessária a realização de prova pericial, pois a ordem de serviço de fl. 41 dá conta de que de fato havia defeito no veículo, conforme diagnóstico produtivo: “*encontrado anéis do 2º cilindro partidos*”. Tal informação corrobora à descrição dos serviços realizados pela segunda ré, a pedido da cliente, na data de 30/11/2009, após ter procurado a concessionária para solucionar problemas apresentados pelo veículo em cinco ocasiões anteriores (fls. 108/113).

Ademais, o decurso do tempo desde o surgimento do problema (5 anos, aproximadamente), vai de encontro à pretensão das apelantes de perquirir a existência de vício de fabricação no aludido veículo através de perícia técnica, pois após tanto tempo, não se logrará êxito em verificar a situação do produto àquela época.

Portanto, mesmo sem a realização de perícia técnica e realização de audiência de instrução para oitiva de testemunhas, tem-se que os elementos probatórios constantes dos autos são, como de fato foram, suficientes para a formação do convencimento da magistrado, que julgou antecipadamente a lide, não incorrendo de forma alguma, no prefalado cerceamento de defesa.

Nesse sentido, esta Corte já decidiu:

Inexiste cerceamento de defesa quando o juiz, considerando desnecessária a dilação probatória, julga antecipadamente a lide com base nos elementos probantes até então coligidos e as provas requeridas evidentemente não alterariam a solução adotada. [...] (AC n. 2012.034991-6, de Tijucas, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 10.07.2012).

Assim, afasta-se a prefacial.

II. A apelante Le Monde Comércio de Veículos Ltda. sustenta falta de interesse processual da autora na proposição da demanda.

É cediço que três são as condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse processual. Tais condições

estão expostas no artigo 267, VI, do CPC, e, ausente qualquer delas, não é possível processar a ação.

Sobre o interesse processual, assim disserta Humberto Theodoro Junior:

“O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da *necessidade* de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual ‘se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais’.

Localiza-se o interesse processual não apenas na *utilidade*, mas especificamente na *necessidade* do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma *necessidade*, como adverte Allorio. (...) Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação” (Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 43ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 65/66).

Desta lição não diverge, em substância, Luiz Fux:

“À negação de submissão de um interesse ao outro corresponde um tipo de interesse que é o de obter a prestação da tutela jurisdicional, com o fim de fazer prevalecer a aspiração própria sobre a de outrem, definindo o Judiciário qual delas é a que se sobrepõe.

Essa situação que reclama a intervenção judicial sob pena de um dos sujeitos sofrer um prejuízo em razão da impossibilidade de autodefesa é que caracteriza o *interesse de agir*. Por essa razão, já se afirmou em bela sede doutrinária que a ‘função jurisdicional não pode ser movimentada sem que haja um motivo’” (Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 163).

Na hipótese, a postulante intentou a presente demanda após tentar sanar, de forma extrajudicial, e por diversas vezes, os defeitos apresentados pelo veículo adquirido, como demonstram as ordens de serviços colacionadas às fls. 108/113 e processo administrativo perante o Procon (fl. 39).

Por tal motivo, não se vislumbra a desnecessidade de proposição de demanda judicial para a resolução do impasse, verificando-se presentes todas as condições da ação, razão pela qual, afasta-se a preliminar arguida.

III. A segunda ré afirma ainda a ilegitimidade passiva *ad causam*, pois a responsabilidade sobre acidente de consumo deve recair sobre o fabricante.

Acerca da ilegitimidade passiva, leciona Humberto Theodoro Jr.:

Por fim, a terceira condição da ação, a legitimidade (*legitimatío ad causam*), é a titularidade ativa e passiva da ação, na linguagem de Liebman. “É a pertinência subjetiva da ação”.

Destarte, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesse em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão (Curso de Direito Processual Civil. vol. I. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 67).

No mesmo sentido, a lição de Fredie Didier Jr.:

A legitimidade para agir (*ad causam petendi ou ad agendum*) é condição da ação que se precisa investigar no elemento subjetivo da demanda: os sujeitos. Não basta que se preencham os “pressupostos processuais” subjetivos para que a parte possa atuar regularmente em juízo. É necessário, ainda, que os sujeitos da demanda estejam em determinada situação jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se discute aquela relação jurídica de direito material deduzida em juízo. É a “pertinência subjetiva da ação”, segundo célebre definição doutrinária.

[...]Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora, “decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso”. (Curso de Direito Processual Civil. vol. I. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007. p. 165/166).

A legitimidade de parte liga-se, inexoravelmente, à relação de direito material debatida nos autos. Tendo em vista que, no âmbito do processo, vai-se discutir algum dos aspectos de determinada situação jurídica - que constitui a causa de pedir remota -, somente as partes envolvidas

nessa é que estão autorizadas a discuti-la. Não fosse assim, seria possível litigar sobre direito pertencente a terceiro, o que vedado por nosso sistema, salvo nos casos de substituição processual (CPC, art. 6º).

Dito isto, em que pese a tentativa de isentar-se da responsabilidade assumida, deve ser afastada a alegação de ilegitimidade sustentada por esta apelante, uma vez que é flagrante a relação jurídica entre as partes, derivada da aquisição do veículo objeto desta demanda (nota fiscal de fl. 43). Eventual apuração de responsabilidade de cada demandada pelos fatos descritos na peça póstica será enfrentada com o mérito.

IV. Em relação à decadência, razão não assiste à primeira apelante.

Inicialmente, importa destacar que se aplica, à hipótese, o Código de Defesa do Consumidor, pois a relação existente é evidentemente de consumo. O apelado é consumidor, enquanto que a apelante caracteriza-se como fornecedora, consoante dispõem os arts. 2º e 3º do aludido diploma, incidindo, assim, a responsabilidade civil objetiva da fornecedora por eventuais danos causados ao consumidor, nos termos do art. 18 do CDC:

Art. 18. 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, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Em caso similar, esta Corte de Justiça decidiu: “*A fabricante e a concessionária de automóveis são solidariamente responsáveis diante do consumidor, pelos vícios ocultos e defeitos detectados durante a chamada “garantia do veículo”, ante a incidência na espécie das normas do Código de Defesa do Consumidor.*” (AC 2006.001589-6, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. 31.5.2010).

Dessa forma, observando o disposto no art. 26, inc. II, *caput*, e §3º do CDC, em se tratando de vício oculto nos produtos duráveis, como o

caso encartado nestes autos, o direito de reclamar decai em 90 (noventa) dias e inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

In casu, vê-se que a demandada Le Monde acostou aos autos documento relativo à venda do veículo objeto desta ação, em que se verifica a existência de garantia contratual de 2 (dois) anos fornecida pela ré (fl. 104). Veja-se que a garantia de 1 (um) ano mencionada no Manual de Manutenção e Garantia (fls. 115/120) não se aplica ao caso, pois a vendedora concedeu prazo maior, documentado à fl. 104.

Como se denota dos autos, a empresa requerida ofertou à consumidora uma garantia adicional de 2 (dois) anos, a fim de complementar aquela prevista na legislação consumerista (90 dias). Logo, se o veículo foi adquirido em 23.9.2008 (fl. 25), ressoa evidente que o prazo decadencial a que alude o art. 26, II, do CDC (90 dias) apenas se iniciou em 23.9.2010, visto que até então vigia a garantia contratual, livremente estabelecida.

Sendo assim, tanto a reclamatória instaurada junto ao Procon (26.11.2009), quanto a presente demanda (18.12.2009), foram propostas dentro do prazo de garantia oferecido pela demandada, razão pela qual não há falar em decadência do direito da autora.

Ainda, descabe falar em perda da garantia por ato da requerente, que teria deixado de realizar a revisão de 20.000 km (vinte mil quilômetros), pois os problemas com o veículo já vinham sendo relatados desde quando este contava com apenas 6.504 km (seis mil quinhentos e quatro quilômetros). Ademais, estes argumentos nunca haviam sido lançados à requerente como negativa de cobertura. Vê-se que a ordem de serviço de fl. 159 dá conta de que os serviços na ocasião realizados (em 12.3.2010) foram realizados dentro do período do segundo ano de garantia.

Nesse sentido, colhem-se os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS. VEÍCULO QUE APRESENTAVA DEFEITO GRAVE NO MOTOR QUANDO DA SUA AQUISIÇÃO.

CIÊNCIA DO COMPRADOR NESSE SENTIDO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. FLUÊNCIA DO PRAZO APENAS APÓS CESSAR A GARANTIA CONTRATUAL. [...] “Na verdade, se existe uma garantia contratual de um ano tida como complementar à legal, o prazo de decadência somente pode começar da data em que encerrada a garantia contratual, sob pena de submetermos o consumidor a um engodo com o esgotamento do prazo judicial antes do esgotamento do prazo de garantia. E foi isso que o art. 50 do Código de Defesa do Consumidor quis evitar”. (REsp n. 225.859, rel. Min. MENEZES DIREITO) (AC n. 2010.009611-2, da Capital - Continente, rel. Des. Saul Steil, j. 20.8.2013).

Também:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REDIBITÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. [...] RELAÇÃO DE CONSUMO. VÍCIO DE QUALIDADE/ADEQUAÇÃO DO PRODUTO. BEM DURÁVEL. PRAZO DECADENCIAL DE 90 (NOVENTA) DIAS. EXEGESE DO ART. 26, II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FLUÊNCIA DO PRAZO LEGAL SOMENTE APÓS ESCOADA A GARANTIA CONTRATUAL, NO CASO, DE SEIS MESES. INTELIGÊNCIA DO ART. 50 DO DIPLOMA CONSUMERISTA. DECADÊNCIA AFASTADA. [...] “Diferentemente do que ocorre com a garantia legal contra vícios de adequação, cujos prazos de reclamação estão contidos no art. 26 do CDC, a lei não estabelece prazo de reclamação para a garantia contratual. Nessas condições, uma interpretação teleológica e sistemática do CDC permite integrar analogicamente a regra relativa à garantia contratual, estendendo-lhe os prazos de reclamação atinentes à garantia legal, ou seja, a partir do término da garantia contratual, o consumidor terá 30 (bens não duráveis) ou 90 (bens duráveis) dias para reclamar por vícios de adequação surgidos no decorrer do período desta garantia” (REsp 967.623/RJ, rela. Ministra Nancy Andrighi, j. 16-4-2009, DJe 29-6-2009). (AC n. 2011.000635-0, de Araranguá, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 22.11.2012).

Assim, a prejudicial de mérito resta afastada.

V. Acerca do mérito, ambas as apelantes sustentaram a ausência de vício no veículo capaz de torná-lo impróprio ao consumo a que se destina, fator que não autorizaria a resolução do contrato e restituição dos valores pagos.

Verifica-se que a autora, ora apelada, adquiriu, em 22.9.2008 o veículo zero quilômetro objeto do litígio (fl. 25), o qual possuía garantia de 2 (dois) anos (fl. 104), e no decorrer deste período, as revisões foram realizadas na própria concessionária (fls. 108 e 112), demonstrado o cuidado e manutenção do bem. Sustentou que logo nos primeiros meses de utilização o automóvel apresentou uma série de problemas, destacando a baixa irregular do nível de óleo.

Os problemas com o veículo foram reclamados pela primeira vez em 18.3.2009 (6.504 km rodados). Após 3 (três) meses da primeira reclamação, em 22.6.2009, o veículo foi novamente levado à concessionária por conta de problemas com o nível do óleo, coincidindo tal data com a revisão de 10.000 km. Menos de 1 (um) mês depois, em 10.7.2009, as mesmas queixas com o nível de óleo foram relatadas pela requerente, seguindo das reclamações efetuadas em 24.9.2009, 31.11.2009, 7.12.2009, e 12.3.2012 (fls. 108/111).

Importante ressaltar, ainda, que, em novembro de 2009, em meio às diversas ordens de serviço e tentativas de conserto dos defeitos pela concessionária, a consumidora reclamou do vício junto ao Órgão de Proteção de Defesa do Consumidor – Procon (fl. 39).

Vê-se, ademais, que a ordem de serviço de fl. 41, datada de 30.11.2009, dá conta de que “*foram efetuados reparos junto ao motor*”, pois “*encontrados anéis do 2º cilindro partidos*”. E o documento de fl. 159, de 12.3.2010, reflete que “*foi trocado em cortesia o retentor da polia do motor, devido a uma pequena umidade de óleo provocado pela má vedação do retentor*”. Ou seja, a própria apelante levou meses para diagnosticar o problema do baixo nível de óleo, não procedendo ao eficaz conserto.

Nesse diapasão, a própria concessionária reconheceu, por mais de uma vez, a existência do vício reclamado pela consumidora. Ocorre que, mesmo com as tentativas de solução do problema, consubstanciada na troca de peças, o vício não foi sanado.

Segundo dispõe o §1º do art. 18 do CDC, cabe ao consumidor a escolha de uma das alternativas elencadas pelos incisos desse dispositivo legal na resolução de vício encontrado no produto, a saber:

Art. 18. 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, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

Considerando que ficou devidamente demonstrado o vício no veículo adquirido, o qual não foi sanado em nenhuma das 7 (sete) vezes em que o automóvel esteve na concessionária para conserto, escolheu a consumidora pelo desfazimento do negócio e a restituição da quantia paga.

Assim, acertada a decisão que determinou a rescisão do pacto firmado entre as partes e a devolução dos valores pagos.

Em casos semelhantes, esta Corte de Justiça decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. VÍCIO REDIBITÓRIO. AQUISIÇÃO DE CAMINHÃO COM DEFEITO NO MOTOR. [...]. REDIBIÇÃO. VÍCIO OCULTO NO MOTOR E CHASSI DO CAMINHÃO. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. RETORNO AO STATUS QUO ANTE. FALTA DE VISTORIA. IRRELEVÂNCIA. DEVER DE RESSARCIR O PREÇO PAGO NO ATO NEGOCIAL. RESPONSABILIDADE DO VENDEDOR COM RELAÇÃO À QUALI-

DADE DO BEM. DANOS MORAIS. NÃO OCORRÊNCIA. MEROS ABORRECIMENTOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (AC n. 2008.026750-1, de Blumenau, rel. Des. Victor Ferreira, j. 20.6.2013).

Também:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA VERBAL. MOTOR DE VEÍCULO ADULTERADO. VÍCIO REDIBITÓRIO CONSTATADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 441 DO CÓDIGO CIVIL. APREENSÃO POLICIAL DO BEM PARA INVESTIGAÇÃO. CONTRATO RESCINDIDO. RETORNO DAS PARTES AO STATUS QUO ANTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Vícios redibitórios, na interpretação do artigo 441 do Código Civil, constituem defeitos ocultos que tornam a coisa imprópria ao uso a que se destina. Na hipótese dos autos, o contexto probatório demonstrou que os autores receberam em pagamento ao contrato de compromisso de compra e venda avençado, caminhão com motor anteriormente adulterado, vício este que, por evidente, não só se enquadra no conceito de defeito oculto, pois que não verificável por uma atenção comum ou um simples e rápido exame do comprador, como também, por sua gravidade, torna a coisa imprópria ao uso a que é destinada, diminuindo-lhe inclusive o valor (Apelação Cível n. 2008.037676-9, de Navegantes, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 25-2-2010). (AC n. 2009.054220-6, de Balneário Camboriú, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 11.4.2013).

Ainda:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CONDENATÓRIA. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO ZERO. VÍCIO REDIBITÓRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM. RECURSOS DAS PARTES. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO FABRICANTE. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. CDC, ART. 6º, VI. CERCEAMENTO DE DEFESA. JULGAMENTO ANTECIPADO. PROVA DOCUMENTAL BASTANTE. PREFACIAIS SUPERADAS. MÉRITO. VÍCIO REDIBITÓRIO NÃO SANADO NO PRAZO LEGAL. CDC, ART. 18, § 1º, II. RESCISÃO CONTRATUAL E RESSARCIMENTO POR PERDAS E DANOS. FACULDADE DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE. VÍCIO DE QUA-

LIDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS FORNECEDORES. [...]. “O consumidor que adquire veículo portador de vício não sanado no prazo máximo de trinta dias pode exigir, alternativamente e à sua escolha, a substituição do produto, a restituição imediata da quantia paga sem prejuízo de eventuais perdas e danos ou o abatimento proporcional do preço” (TJSC, AC 1998.010254-5, rel. Des. VANDERLEI ROMER, j. em 22/02/2001). “A fabricante e a concessionária de automóveis são solidariamente responsáveis diante do consumidor, pelos vícios ocultos e defeitos detectados durante a chamada “garantia do veículo”, ante a incidência na espécie das normas do Código de Defesa do Consumidor.” (TJSC, AC 2006.001589-6, rel. então Des. Subst. JAIME LUIZ VICARI, j. em 31/05/2010). [...] (AC n. 2010.083503-3, da Capital - Continente, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 12.4.2012).

Importa destacar que não se discute se as demandadas não prestaram os serviços de maneira adequada, ou, ao contrário, fizeram o que lhes cabia. O fato é que não pode o consumidor suportar o ônus de permanecer com um produto que se comprovou defeituoso. Portanto, mantém-se a sentença neste ponto.

Em relação ao montante a ser ressarcido à parte autora, em decorrência da rescisão contratual, deverá ser considerado como base para cálculo a importância atual de um veículo zero quilômetro de modelo equivalente àquele adquirido à época pela demandante (Citroën C3 – nota fiscal de fl. 25).

Extrai-se do site da montadora (<<http://www.citroen.com.br>>) que o veículo atual correspondente ao adquirido é o C3 1.6 Exclusive 16V Flex, 5 marchas, 5 portas, e seu valor extraído da Tabela FIPE do modelo zero quilômetro é o que deve ser pago a título de restituição à requerente, acrescido de juros de mora e correção monetária a partir do trânsito em julgado desta decisão.

VI. Os apelantes insurgem-se também contra a condenação ao pagamento de lucros cessantes, porquanto afirmam não haver provas hábeis a comprovar o valor que a autora teria deixado de lucrar nos períodos em que o automóvel encontrava-se na concessionária para averiguação de vícios.

Sabe-se que os lucros cessantes, modalidade de dano patrimonial, consistem na perda do ganho potencial, causada pelo evento danoso, ou seja, é a estimação do que o sujeito deixou de auferir, pela ocorrência do evento danoso, como prevê o art. 402 do Código Civil:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves, “*Lucros Cessantes é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado*”. Para sua caracterização, continua o autor,

[...] não basta a simples possibilidade de realização do lucro, mas também não é indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso. O que deve existir é uma probabilidade objetiva que resulte do curso normal das coisas e das circunstâncias especiais do caso concreto (Direito das Obrigações. vol. 6, tomo II. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 80/81).

A respeito da matéria, Sílvio de Salvo Venosa conceitua:

Nos danos patrimoniais, devem ser computados não somente a diminuição no patrimônio da vítima, mas também o possível aumento patrimonial que teria havido se o evento não tivesse ocorrido. A origem dessa parêntese dano emergente e lucro cessante, remonta ao Direito Romano, que a transmitiu para os códigos modernos (Briz, 1986:266).

Assim, por exemplo, se a vítima teve seu veículo abalroado por culpa, deve ser indenizada pelo dano efetivo: valor dos reparos e eventual porcentagem de desvalorização da coisa pelo acidente. Deverá receber também o equivalente que a supressão desse bem representou de prejuízo, durante certo período, em seu patrimônio. Trata-se de lucro cessante. [...] Se, por exemplo, tratava-se de um taxista, deve ser avaliada a fêria média representativa dos dias em que o veículo ficou sem utilização. [...]

Também, como anota a doutrina com insistência, o dano deve ser real, atual e certo. Não se indeniza, como regra, por dano hipotético ou incerto. [...] Os julgados demonstram que, quando é estabelecida indenização por lucro cessante, em várias oportunidades a construção é feita sob hipóteses mais ou menos prováveis.

É preciso prever, nesse campo, o curso normal dos acontecimentos. Por esse prisma, as hipóteses devem ficar sempre nos limites do razoável e no que pode ser materialmente demonstrado.

Se a possibilidade frustrada é vaga ou meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência de perda de oportunidade. (Direito Civil: responsabilidade civil - 4. v. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 271-272).

Para Maria Helena Diniz:

Dano negativo ou lucro cessante ou frustrado, alusivo à privação de um ganho pelo lesado, ou seja, ao lucro que ele deixou de auferir, em razão do prejuízo que lhe foi causado. [...] Trata-se não só de um eventual benefício perdido, como também da perda da chance, de oportunidade ou de expectativa, que requer o emprego do tirocínio equitativo do órgão judicante, distinguindo a possibilidade da probabilidade e fazendo uma avaliação das perspectivas favoráveis ou não à situação do lesado, para atingir a proporção da reparação e deliberar seu *quantum*. (Curso de direito civil brasileiro - 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. p. 73).

No presente caso, não há nos autos elementos para averiguar o quanto a autora deixou de lucrar enquanto o veículo permaneceu na concessionária para conserto. Inexiste demonstração da renda mensal da requerente ou os valores que cobrava por consulta ou, ainda, indícios de que a ausência desse automóvel, especificamente, tenha prejudicado a atividade laboral da demandante.

Registre-se que o ônus de apresentar provas de quantos pacientes foram perdidos decorrentes do conserto do automóvel era da parte requerente. Sem tais elementos, não há como se estimar os valores recebidos pelos serviços prestados, e quantas consultas foram desmarcadas nas datas em que o veículo permaneceu na concessionária.

Destarte, à mingua do conjunto probatório que confirme as alegações da parte autora, descabe confirmar tal pleito indenizatório, devendo ser provido o apelo neste ponto.

A teor, cita-se os julgados desta Corte de Justiça:

Inexistindo qualquer documento capaz de demonstrar o prejuízo dos demandantes (lucros cessantes), destaca-se o fato de que as atividades comerciais não foram interrompidas, uma vez que se alugou um outro caminhão a fim viabilizar o prosseguimento regular dos trabalhos. (AC n. 2007.040475-9, de Brusque, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 10.5.2011).

Mais:

Os danos patrimoniais (danos emergentes e lucros cessantes) são aqueles que decorrem diretamente do efeito danoso, devendo ser comprovados pela parte que o postula (CPC, art. 333), haja vista o seu caráter de reposição, porque objetiva primordialmente ressarcir o prejuízo sofrido pelo lesado em seu patrimônio e, por isso, não podem ser arbitrados livre e aleatoriamente pelo nobre Julgador, porquanto o montante indenizatório tem que estar embasado em prova contundente produzida pela parte lesada (AC n. 2009.075084-1, de Rio do Sul, rel. Des. Jaime Ramos, j. 15.4.2010).

VII. Acerca da condenação das requeridas ao pagamento dos danos emergentes, consubstanciados na devolução de R\$ 303,00 (trezentos e três reais) referente a reparos no veículo, nada há que se alterar.

Vê-se na nota fiscal de fl. 43 que a autora desembolsou tal quantia para a manutenção do automóvel que vinha sofrendo de vícios até então não sanados.

Destarte, reconhecida a existência de vício no produto, e a fim de que seja restabelecido o *status quo ante*, não houve desacerto na decisão ora guerreada, devendo ser mantida quanto a este ponto.

VIII. Em relação aos danos morais, ficou comprovado que o veículo novo adquirido pela demandante apresentou vários vícios em pouco tempo de uso e que repetidamente apareciam mais problemas, mesmo após o bem ter sido submetido à análise da assistência técnica, sendo que a demandante necessitou procurar a concessionária por 7 (sete) vezes no período de 1 (um) ano.

Diante deste calvário, entende-se que os danos morais experimentados pela demandante restaram devidamente demonstrados nos autos,

porquanto adquiriu um bem com vício oculto que nem a assistência especializada conseguiu diagnosticar no primeiro ano de uso do carro.

Consoante noção difundida tanto na doutrina quanto na jurisprudência, 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 ou psíquica.

No presente caso, constata-se que o ato ilícito ficou caracterizado pela frustração de adquirir um veículo zero quilômetro e, passados poucos meses, não conseguir usufruir plenamente do bem, devido aos constantes reparos que tiveram que ser feitos.

É certo que as constantes “visitas” à segunda ré frustraram as expectativas da ora apelada que, assim como a maioria dos consumidores que adquirem um carro zero quilômetro, não esperava ter de voltar, por tantas vezes, em tão pouco tempo, no afã de solucionar os problemas que um carro novo não deveria apresentar.

Dessa forma, entende-se que a situação apresentada não pode ser caracterizada como mero dissabor, porquanto demonstra o intenso abalo moral e psíquico suportado pela requerente.

Assim, a situação experimentada pela apelada por certo fugiu ao razoável, ocasionando abalo moral de ordem suficientemente significativa e capaz de ensejar o dever de reparação.

Em casos de frustração na compra de automóveis zero quilômetro, já me manifestei:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO ZERO QUILOMETRO QUE APRESENTOU DIVERSOS PROBLEMAS, OS QUAIS CULMINARAM NA TROCA DO MOTOR DO CARRO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO DA DEMANDADA. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE OS VÍCIOS ERAM PRO-

VENIENTES DO PROCESSO DE FABRICAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA DA ASSERTIVA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FABRICANTE. EMPRESA RÉ QUE NÃO LOGROU ÊXITO EM COMPROVAR A INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS OU QUALQUER CAUSA EXCLUDENTE DO DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS. CRISTALINA FRUSTRAÇÃO DO AUTOR, O QUAL ADQUIRE UM VEÍCULO NOVO E VÊ-SE IMPOSSIBILITADO DE USUFRUIR PLENAMENTE DO SEU CARRO. REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CARACTERIZADOS. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. PEDIDO SUCESSIVO DE MINORAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (AC n. 2012.057894-0, de Itajaí, j. 20.3.2014).

E desta Câmara, extrai-se:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. VEÍCULO ZERO QUILOMETRO COM DEFEITO. - IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. (1) AUTOMÓVEL. VÍCIO NO MOTOR. REITERADAS TENTATIVAS FRUSTRADAS DE SOLUÇÃO. DEVER DE RESTITUIR A QUANTIA PAGA. INTELIGÊNCIA DO ART. 18 DO CDC. LIMITAÇÃO, PORÉM, AO VALOR DO VEÍCULO EQUIVALENTE NA ATUALIDADE. JUROS. NÃO INCIDÊNCIA. - Evidenciado vício no motor, que torna o veículo impróprio ao fim a que se destina, e que a consumidora buscou solução reiteradamente, é imperiosa restituição da quantia paga (CDC, art. 18, §§ 1º e 3º), com a restituição do bem, no estado em que se encontrar, à ré vendedora. - O valor da indenização, legítima opção do consumidor, há de corresponder, fora de linha o bem então comercializado, àquele do veículo equivalente (com os mesmos acessórios) na atualidade, evitando-se enriquecimento indevido [...] (3) DANO MORAL. INCESSANTE SURGIMENTO DE DEFEITOS. VEÍCULO NOVO. EXPECTATIVA DE TRANQUILIDADE FRUSTRADA. PECULIARIDADES A CONFIGURAR O ABALO MORAL. DEVER DE INDENIZAR. - O incessante surgimento de defeitos em veículo novo é fato apto a frustrar as expectativas de tranquilidade, segurança e conforto, e caracterizar abalo moral indenizável de acordo com as peculiaridades do caso, evidenciadas na espécie. Precedentes. SENTENÇA ALTERADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (AC n. 2011.005637-9, da Capital, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 22.8.2013).

Por fim, as apelantes pretendem ver reduzido o *quantum* indenizatório, porquanto entendem que o valor fixado ultrapassa os limites do razoável e é balizado em parâmetros inadequados de fixação.

No que se refere ao valor fixado a título de danos morais, é cediço que estes devem ser fixados ao arbítrio do juiz, que, analisando caso a caso, estipula um valor razoável, mas não irrelevante ao causador do dano, dando azo à reincidência do ato, ou exorbitante, de modo a aumentar consideravelmente o patrimônio do lesado.

De acordo com Maria Helena Diniz, deve ser “*proporcional ao dano causado pelo lesante, procurando cobri-lo em todos os seus aspectos, até onde suportarem as forças do patrimônio do devedor, apresentando-se para o lesado como uma compensação pelo prejuízo sofrido*” (Código Civil Anotado. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 650).

Não divergindo, Regina Beatriz Tavares da Silva afirma:

Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante. Inserir-se nesse contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido como ilícito.

[...] 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 antisociais 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” (Novo Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 841/842).

Sobre o tema, colhe-se dos julgados do STJ:

O arbitramento do valor da reparação tiver sido realizado com a necessária moderação e razoabilidade, observando-se a proporcionalidade ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor e, ainda, ao porte econômico dos

rêus, bem como a realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, este STJ tem por coerente a prestação jurisdicional fornecida (RESP 259.816/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 27/11/2000). Entretanto, naqueles casos em que o valor fixado como reparação a título de danos morais revela-se irrisório ou excessivo, de forma a não atender os critérios que balizam o seu arbitramento, a saber, assegurar ao lesado a justa reparação pelos danos sofridos, sem, no entanto, incorrer em seu enriquecimento sem causa, esta Corte Superior de Justiça tem revisado o arbitramento daquele quantum. [...] (STJ - AgRg no Ag 1157895/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 19.3.2013).

Desta forma, levando-se em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além do caráter pedagógico, o dano causado, o prejuízo sofrido e as qualidades do ofendido e do ofensor, mostra-se excessiva a fixação dada pelo sentenciante, porquanto a quantia atualizada hoje supera o valor do bem, sendo cabível sua redução para R\$ 13.000,00 (treze mil reais).

A correção monetária deve incidir a contar da data do arbitramento (10.9.2012), nos termos da súmula 362 do STJ. Quanto aos juros moratórios, incidem a partir do evento danoso, sendo a data da primeira reclamação do defeito no veículo (18.3.2009), conforme entendimento consolidado pela Corte Superior em sua súmula de n. 54.

IX. Por fim, o pleito de redução da verba honorária fixada em primeiro grau no patamar de 20% sobre o valor total da condenação não merece amparo, porquanto devidamente observados os parâmetros exigidos pelo art. 20, §3º do CPC.

Registre-se que, em relação aos ônus sucumbenciais, nada há que se alterar da decisão objurgada, uma vez que a requerente decaiu de parte mínima dos pedidos iniciais, a teor do parágrafo único do art. 21 do CPC.

X. Ante o exposto, voto no sentido de conhecer dos recursos para dar-lhes parcial provimento, reduzindo a verba indenizatória para R\$ 13.000,00 (treze mil reais), com correção monetária incidente a contar

da data do arbitramento (10.9.2012) e juros moratórios a partir da data da primeira reclamação do defeito no veículo (18.3.2009) (súmula n. 54, STJ); assim como reconhecer indevido o pagamento de lucros cessantes; e determinar que o montante a ser restituído à autora tenha como base de cálculo o valor atual do veículo zero quilômetro de modelo equivalente ao adquirido (C3 1.6 Exclusive 16V Flex, 5 marchas, 5 portas), de acordo com a Tabela Fipe, acrescidos de juros de mora e correção monetária a partir do trânsito em julgado desta decisão.

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Agravo de Instrumento n. 2013.051443-7, de Joinville

Relator: Des. Alexandre d'Ivanenko

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DIVÓRCIO, ALIMENTOS E GUARDA. ALTERAÇÃO DE DOMICÍLIO DA GUARDIÁ DURANTE A TRAMITAÇÃO DO FEITO. REGRA DO JUÍZO IMEDIATO (ART. 147 DO ECA) QUE SE SOBREPÕE AO PRINCÍPIO DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS* (ART. 87 DO CPC). AUSÊNCIA DE INDÍCIOS, NESTE MOMENTO PROCESSUAL, DE ALIENAÇÃO PARENTAL. ADEMAIS, MANUTENÇÃO DO PROCESSO NA CÔMARCA ANTERIOR QUE VIOLARÁ O PRIMADO CONSTITUCIONAL DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA, UMA VEZ QUE DISTANTE TANTO DO GENITOR QUANTO DA GENITORA. DIREITO DE VISITAS QUINZENAIS, FÉRIAS ESCOLARES, DATAS COMEMORATIVAS, DETERMINADAS PELO JUÍZO *A QUO* E POR ESTA CORTE, QUE DEVEM SER CUMPRIDAS, ENQUANTO NÃO HOUVER NOVA DECISÃO PELO ATUAL JUÍZO COMPETENTE. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2013.051443-7, da comarca de Joinville (2ª Vara da Família), em que é agravante L. F. P. A., e agravada S. G. C.:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 5 de agosto de 2014, teve a participação dos Exmos. Srs. Des. Ronei Danielli e Desa. Denise Volpato. Funcionou, pela douta Procuradoria Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Tycho Brahe Fernandes, tendo lavrado parecer a Exma. Sra. Dra. Lenir Roslindo Piffer.

Florianópolis, 11 de agosto de 2014.

Alexandre d'Ivanenko
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

L. F. P. A. interpôs agravo de instrumento contra decisão que, na ação de divórcio litigioso, c/c pedido de alimentos provisionais e guarda provisória, autuada sob n. 038.13.005731-0, movida por S. G. C. na comarca de Joinville/SC, reconheceu a inexistência, naquela etapa processual, de indícios de alienação parental e acolheu a manifestação ministerial para declinar da competência para a comarca de Rio de Janeiro/RJ, ante a alteração de domicílio da autora junto com o menor para a referida cidade (fls. 407-408).

Sustenta o agravante que a genitora de seu filho vem mudando, sucessivamente, sua residência, tão somente com o intuito de protelar o julgamento da lide e impedir o contato do recorrente com o menor. Alega que tal artifício não pode ser chancelado pelo Poder Judiciário e pleiteia, assim, a reforma da decisão agravada que deslocou a competência para preservar os interesses do infante, assegurando-lhe um julgamento célere quanto à definição de seu guardião (fls. 2-12).

O causídico do agravante protocolou petição requerendo o retorno dos autos à comarca de Joinville/SC, em caráter de urgência (fls. 415-416).

Encaminhado o feito à Câmara Cível Especial, o eminente Des. Subst. Luiz Zanelato reconheceu a ausência de pedido expresso de efeito suspensivo ou antecipação de tutela no agravo de instrumento (fls. 417-418).

Comunicado o juízo *a quo* (fl. 420), foi procedida a intimação da agravada (fl. 421), que deixou de contra-arrazoar o recurso (fl. 422).

Em seguida, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer da lavra da Dra. Lenir Roslindo Piffer, opinou pela impossibilidade de análise do pedido feito em petição posterior ao protocolo do presente agravo e pelo conhecimento e desprovemento deste (fls. 425-429).

Por fim, foi protocolada nova petição pelo agravante, informando que, “ausente pedido de atribuição de efeito ativo ao recurso, por opção do anterior patrono”, os autos do processo foram encaminhados à Comarca fluminense (em dezembro/13)” e não teve qualquer andamento, salvo a instauração de conflito negativo de competência, cuja “controvérsia se resolverá pelo I. Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, d, CF), em prazo inestimável, o que acarreta grave prejuízo à necessidade da célere solução a questões de natureza urgente” (fls. 437-440).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso há de ser conhecido.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por L. F. P. A. contra decisão que, na ação de divórcio, c/c pedido de alimentos provisionais e de guarda provisória, reconheceu a inexistência, naquela etapa processual, de indícios de alienação parental e acolheu a manifestação ministerial para declinar da competência para a comarca de Rio de Janeiro/RJ, ante a alteração de domicílio da autora junto com o menor para a referida cidade.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, conquanto o agravante tenha destacado a existência de conflito negativo de competência que será processado e julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, após o recebimento da presente demanda originária na comarca fluminense (fls. 437-440), inexistente nos autos informação de que haja decisão da Corte Superior que prejudique a análise deste agravo de instrumento.

De outra parte, no que se refere ao pedido formulado pelo agravante após protocolada a inicial do agravo, requerendo que os autos permanecessem na comarca de Joinville/SC até a análise do presente (fls. 415-416), como bem se manifestou a douta parecerista, Dra. Lenir Roslindo Piffer, não merece ser conhecido, *in verbis*:

[...] o inconformismo da parte deveria ter sido suscitado na própria peça recursal, isto é, mediante pedido de atribuição de efeito suspensivo ao reclamo, o que, entretanto, não foi feito pelo Recorrente. Assim, até que o mérito do presente seja definitivamente julgado, deve-se dar cumprimento à decisão combatida, remetendo-se os autos, pois, à Comarca fluminense, conforme bem procedeu a Juíza de primeiro grau (fl. 426).

No mérito, sustenta o recorrente que a genitora de seu filho vem mudando, sucessivamente, sua residência, tão somente com o intuito de protelar o julgamento da lide e impedir o contato do agravante com o menor, em razão do deslocamento de competência. Alega, também, que tal artifício não pode ser chancelado pelo Poder Judiciário, bem como que há a prática de alienação parental por parte da recorrida.

Compulsando os autos, verifico que se trata de causa envolvendo o menor I. C. P. A., nascido em 22.9.2010 (cópia da certidão de nascimento – fl. 38), e, além do pedido de alimento, há pretensão referente à guarda do infante. Assim, devem também incidir no caso em análise as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É bem verdade que há no Ordenamento Processual Civil disposição dando conta que a competência determina-se no momento em que a ação é proposta, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, excetuando-se à regra apenas os casos em que houver supressão do órgão judiciário ou alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia (art. 87).

No entanto, consoante entendimento jurisprudencial, a aludida regra, da *perpetuatio jurisdictionis*, deve ser deixada de lado em casos como em análise, porquanto o art. 147 da Lei n. 8.069/90 estabelece a regra do juiz imediato, “pela qual a competência para processar ações que envolvam a guarda de crianças é do Juízo do foro do domicílio de quem já a exerce legalmente” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.052150-4, de Tubarão, rel. Des. Ronei Danielli, j. 16-05-2014 – grifei).

Em sentido idêntico, tem-se o enunciado da Súmula 388 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda”.

Deste modo, perfeitamente possível a modificação da competência após a propositura da ação cível, mesmo não se tratando de casos de competência absoluta (em razão da matéria e hierarquia) ou de supressão de órgão judiciário.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça não discrepa:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MUDANÇA DE DOMICÍLIO NO CURSO DA AÇÃO DE ALIMENTOS. RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA. PERMEABILIDADE A FATOS SUPERVENIENTES. MENOR HIPOSSUFICIENTE. INTERESSE PREPONDERANTE DESTES. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS* (ART. 87 DO CPC) [...]

2. Assim, os alimentos podem ser revistos ainda no trâmite do processo originário ou em nova ação. Essa demanda posterior não precisa ser proposta em face do mesmo juízo que fixou os alimentos originalmente, podendo ser proposta no novo domicílio do alimentando, nos termos do art. 100, II, do Código de Processo Civil. Até mesmo a execução do julgado pode se dar em comarca diversa daquela em que tramitou a ação de conhecimento, de modo a possibilitar o acesso à Justiça pelo alimentando. Precedentes.

3. O caráter continuativo da relação jurídica alimentar, conjugado com a índole social da ação de alimentos, autoriza que se mitigue a regra da *perpetuatio jurisdictionis*.

4. Isso porque se o alimentando mudar de domicílio logo após o final da lide, e ocorrerem fatos supervenientes que autorizem a propositura de ação de revisão de alimentos, essa vai ser proposta na comarca onde o alimentando tiver fixado novo domicílio. Do mesmo modo, a execução do julgado pode se dar no novo domicílio do alimentando, como acima visto. Assim, se a troca de domicílio ocorrer durante o curso da ação originária não parece razoável que se afaste esse entendimento com vistas somente no aspecto da estabili-

dade da lide, de marcante relevância para outras demandas, mas subalterno nas ações de alimentos, permeáveis que são a fatos supervenientes [...] (CC 114461/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 10/08/2012)

Contudo, não se pode deixar de analisar, ainda, no caso concreto, se a alteração da competência no curso da ação pode proporcionar algum prejuízo ao menor, afastando a efetiva e célere entrega da prestação jurisdicional, situação em que o entendimento jurisprudencial é no sentido de afastar a aplicabilidade do disposto no art. 147 do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, em obediência ao disposto no art. 6º do aludido Diploma Legal.

A defesa do agravante alega que a genitora de seu filho vem mudando, sucessivamente, sua residência, tão somente com o intuito de protelar o julgamento da lide e impedir o contato do agravante com o menor, situação que, no seu entender, não pode ser acobertada pelo Poder Judiciário, já que torna o feito, desta forma, por demais moroso.

Vale, de pronto, ressaltar que inexistente nos autos prova segura de que a agravada esteja modificando sua residência com o objetivo de atrasar o julgamento da ação, que, friso, foi por ela proposta (fls. 17-29), bem como pretenda impedir o contato do agravante com seu filho, porquanto, ainda que haja algumas narrativas do genitor dando conta de que não conseguiu proceder a vista ao menor, há diversos e-mails trocados entre o agravante e a agravada, em que esta demonstra a possibilidade e vontade de que L. F. P. A. visite seu filho. Vejamos:

Antes de promover sua mudança para a cidade do Rio de Janeiro/RJ, informou ao agravante que recebeu excelente proposta de emprego na referida cidade e perguntou qual sua opinião a respeito (fl. 281), assim como encaminhou outro e-mail informando que a sua alteração de domicílio se daria em breve, por questões de escola do filho, trabalho, moradia etc, bem como informou seu endereço e o colégio em que o menor estudará, concluindo a mensagem com a seguinte frase: “Aguardamos sua visita!” (fl. 275).

Após fixar residência no Rio de Janeiro/RJ, mandou diversos e-mails sugerindo horários de voos; oferecendo sua própria residência para o agravante dormir com o filho, economizando com a hospedagem; e possibilitando que L. F. P. A. buscasse o infante no colégio (fls. 287-289). Encaminhou mensagens também dando dicas para facilitar a viagem do menor à cidade de Florianópolis/SC, durante as férias escolares (fls. 291-295).

Oportuno destacar que a proibição de pernoite do genitor com o menor I. C. P. A. durante os finais de semana alternados não é ato da agravada e sim da decisão do juízo da comarca de São Francisco do Sul/SC (fl. 88) – quando os autos ainda não haviam sido encaminhados à comarca de Joinville/SC –, confirmada por esta Corte (fls. 313-320 e 338-353), que ressaltou a tenra idade do infante e a distância existente entre a residência dos genitores – pai domiciliado na cidade de Florianópolis/SC e o filho, à época, em São Francisco do Sul/SC, após em Joinville/SC e agora no Rio de Janeiro/RJ.

Assim, conquanto haja registro de ocorrência por parte do agravante, asseverando que não conseguiu efetuar visitas programadas (fls. 257 e 260), não se tem a certeza necessária de que foi artifício da genitora para impedir que o agravante visitasse seu filho, até mesmo porque, ao se mudar para a cidade do Rio de Janeiro/RJ, a agravada peticionou informando sua mudança e relatou que estava resolvendo com o requerido a questão das visitas e das férias escolares do menor (fls. 278-279).

Igualmente, não há que se falar, pelo menos por ora, em ocorrência de alienação parental, como pretende fazer crer a defesa do recorrente, pois, conforme bem apontado pelo juízo da comarca de Joinville/SC, “bastava o genitor dirigir-se até a residência da genitora para proceder o exercício da visitação já fixada” (fl. 407).

Aliás, segundo consta do processado, a residência inicial da agravada com o menor I. C. P. A. era na cidade de Florianópolis/SC, em razão do casamento desta com o agravante. Sua mudança de domicílio para a

cidade de São Francisco do Sul/SC deu-se após o término do relacionamento, visando S. G. C. ficar mais próxima de sua família; para a cidade de Joinville/SC foi em razão de buscar emprego; e para o Rio de Janeiro/RJ, por ser natural de Niterói/RJ e buscar melhores condições de vida junto com seu filho, situação que já alegava ser prevista desde a separação.

Inexistente nos autos, portanto, prova de que a agravada esteja visando apenas afastar o infante de seu genitor, ora agravante.

O que ocorre é a vontade excessiva do agravante em pernoitar com o filho, que somente é permitida durante as férias escolares e foi inviabilizada pelo acometimento de doença do menor durante o recesso escolar de julho do ano de 2013 (fls. 375-376), além da impossibilidade, alegada pelo agravante, de efetuar as visitas nos finais de semana alternados, em razão dos elevados custos com passagens aéreas, diárias de hotel, locação de carro, refeições etc, consoante se afere dos e-mails acostados ao caderno processual (fls. 365-369).

No mais, conforme bem destacado pela douta promotora de justiça, Dra. Ana Paula Cardoso Teixeira, quando opinou pela remessa dos autos à comarca do Rio de Janeiro/RJ, “estando o processo no início da fase instrutória, todos os atos seriam realizados através de carta precatória, uma vez que a genitora/detentora da guarda reside no Rio de Janeiro e o genitor em Florianópolis” (fl. 357), ou seja, inviável a manutenção do feito na comarca de Joinville/SC, que, com certeza poderá violar os princípios da celeridade processual, na medida em que distante de ambas as partes.

Desta feita, entendo que a mitigação da regra contida no art. 83 do Código de Processo Civil, por aquela estatuída no art. 147 da Lei n. 8.069/90 se faz devida, para atender aos interesses do menor, que atualmente reside com sua mãe na comarca do Rio de Janeiro/RJ.

Nesse sentido, colaciono precedente desta Corte:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA - COMPETÊNCIA - FORO DO DOMI-

CÍLIO DA GENITORA/GUARDIÁ - INCONFORMISMO - COMPETÊNCIA DO FORO DO LOCAL DA RESIDÊNCIA DO MENOR - ACOLHIMENTO - MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - ART. 147, I, DO ECA - GUARDA PROVISÓRIA DA MENOR - IMPOSSIBILIDADE - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. A competência para processar e julgar a ação de modificação de guarda é a do foro do local da residência do menor, de acordo com o princípio do melhor interesse da criança e com o disposto no art. 147, I, do ECA. Em sede de agravo de instrumento cabe ao juízo ad quem a análise acerca do acerto ou desacerto da decisão agravada, sendo vedada a apreciação de matérias não discutidas no juízo de primeiro grau, sob pena de supressão de instância. (Agravo de Instrumento n. 2012.007795-0, de Tubarão, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 13-09-2012 – grifei).

Mutatis mutandis, em razão das peculiaridades do caso, tem-se ainda o bem elucidativo voto da relatoria do eminente Des. Ronei Danielli:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. ALTERAÇÃO DO DOMICÍLIO DA GUARDIÁ NO CURSO DA AÇÃO. REGRA DO JUIZ IMEDIATO LIMITADA PELO PRIMADO CONSTITUCIONAL DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO AFASTADA. MÉRITO. NEGLIGÊNCIA DA GENITORA VERIFICADA. AUSÊNCIA DE PROVA DA INCAPACIDADE DO PAI PARA O EXERCÍCIO DO MUNUS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Em razão do caráter especial conferido às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, a aplicação do disposto no art. 147 sobrepõe-se, inclusive, ao princípio da perpetuatio jurisdictionis do art. 87 do Código de Processo Civil, pelo qual a competência é determinada no proposição da ação, sendo “[...] irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia”. Sob essa perspectiva, tem-se que a competência, em regra, deve ser alterada se no curso da ação a criança mudar de domicílio. O princípio do juiz imediato tem como óbice, entretanto, o próprio interesse do infante. Sendo assim, se em um caso concreto a mudança da

competência proporcionar prejuízo a ele, sem alcançar a efetiva e célere entrega da prestação jurisdicional almejada, imperioso o afastamento da aplicação do art. 147 do Estatuto. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.052150-4, de Tubarão, rel. Des. Ronei Danielli, j. 16-05-2014 – grifei).

Ante o exposto, sou pelo conhecimento e desprovimento do agravo.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento nº 2009.016250-3, de Blumenau

Relator: Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. IRRESIGNAÇÃO EM FACE DA DECISÃO QUE DETERMINOU A APLICAÇÃO DA LEI BRASILEIRA PARA REGULAR A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA SOBRE BENS DE ESTRANGEIRO SITUADOS NO BRASIL. RESGUARDO DO DIREITO DOS HERDEIROS BRASILEIROS. COMPARAÇÃO ENTRE AS LEIS NACIONAL E ALIENÍGENA. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA MAIS BENÉFICA. ARTIGO 5º, XXXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E ARTIGO 10, § 1º, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Nos termos do artigo 5º, XXXI, da Constituição Federal, “a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*”.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2009.016250-3, da comarca de Blumenau (1ª Vara da Família), em que são agravantes G. C. e outros, e agravado E. de V. N. Rep. p/ invent. C. L. da S.:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas Legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Ronei Danielli, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Denise Volpato.

Florianópolis, 4 de novembro de 2014.

Eduardo Mattos Gallo Júnior
RELATOR

RELATÓRIO

G. C. e OUTROS (3) interpuseram agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo (fls. 2-14), contra a decisão exarada nos autos n. 008.07.000214-0 (fls. 16-20), da primeira vara da família da comarca de Blumenau, pela qual o magistrado determinou a aplicação da lei brasileira ao inventário, no que concerne aos bens que devem ser partilhados, localizados no Brasil.

Em decisão da lavra da Exmo. Des. Domingos Paludo (fls. 62-63), o almejado efeito suspensivo restou indeferido.

Com a regular tramitação processual, o feito restou redistribuído a esta Relatoria para que se proceda a análise meritória da irresignação.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Aurino Alves de Souza (fls. 103-106), que se manifestou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso uma vez presentes os pressupostos legais de sua admissibilidade.

Ab initio, faz-se pertinente ressaltar, que os litigantes, em data de 31 de outubro de 2014, formularam pedido de suspensão de julgamento do feito (pelo prazo de 6 meses), ao argumento de que as partes estão finalizando acordo extrajudicial com o objetivo de pôr fim a lide.

O pedido merece ser indeferido.

Isso porque, observa-se que o instrumento restou protocolizado em 7 de abril de 2009, sendo que a primeira petição que requereu a suspensão do julgamento do feito, por igual prazo e argumento, data de 3 de agosto de 2011 (fls. 108).

Posteriormente, em data de 10 de agosto de 2012, mais uma vez os litigantes requereram a suspensão do feito pelo mesmo prazo, uma vez que, repetidamente, aduziram “que as partes estão convergindo para pôr fim amigavelmente à lide.” (fls. 115).

Novamente, em 7 de janeiro de 2014, aportou aos autos petição requerendo a suspensão do julgamento, pelo mesmo prazo, em razão da alegada composição amigável da lide (fls. 121).

Então, após o feito restar pautado para julgamento nesta data, sobreveio petição protocolada em 31 de outubro de 2014, pela qual as partes requerem a suspensão do julgamento do agravo, uma vez que, como aduzem desde o ano de 2011, estão formulando acordo extrajudicialmente.

Ora, o processo não pode permanecer arquivado administrativamente até o dia em que as partes apresentarem dito acordo.

Não é crível deferir a suspensão pela quarta vez sob o mesmo argumento, notadamente porque não se mostra plausível crer na possibilidade de acordo entre as partes, uma vez que sustentam que o estão formulando desde o ano de 2011.

Destarte, indefere-se o quarto pedido de suspensão do feito pelo mesmo argumento.

Realizada tal ressalva, passa-se à imediata análise da insurgência.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto em face da decisão em que, nos autos da ação de inventário, o magistrado determinou a aplicação da legislação brasileira na sucessão, quanto aos bens situados no Brasil.

Sustentam os agravantes, em síntese, que conforme o artigo 10 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, deve ser aplicada a legislação italiana, por ser o *de cuius* domiciliado à Itália, à época do sinistro; todos os herdeiros serem domiciliados naquela pátria; e ser aquela, a legislação mais favorável.

Entretanto, ao analisar-se os autos, verifica-se que a alegação de ser o ordenamento italiano mais benéfico não se coaduna com a realidade.

Perscrutando detalhadamente o caderno processual, percebe-se cuidar a ação principal de inventário referente aos bens situados no Brasil de V. N., italiano, lá domiciliado quando da ocorrência do sinistro que o vitimou em Blumenau.

Nota-se que a ação foi proposta por sua suposta companheira – cujo reconhecimento de união estável se discute em ação própria –, e que o falecido deixou o total de seis filhos, todos residentes e domiciliados na Itália, sendo que três foram fruto de seu relacionamento com C. L. da S., e os demais de seu casamento com G. C..

Observa-se que, em que pese adotar-se como regra a teoria da unidade sucessória obedecendo as leis do último domicílio do *de cuius*, conforme o *caput* do artigo 10 do Decreto-Lei n. 4.657/1942, admite-se a exceção prevista no §1º do referido artigo, consolidada também no art. 5º, XXXI, da Constituição Federal, *in verbis*:

[...] XXXI – a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos **brasileiros**, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do “de cuius”; [...] (grifou-se)

Assim leciona Maria Helena Diniz:

[...] Portanto, a lei brasileira aplicar-se-á à vocação para suceder, em relação aos bens deixados no Brasil, mesmo quando a lei do último domicílio do falecido for estrangeira, se este deixou cônjuge e filhos brasileiros e a lei alienígena do domicílio não lhes for mais benéfica. Como se pode ver, há um curso cumulativo de elementos de conexão, pois a aplicação da lei brasileira pelo art. 10, §1º, com redação dada pela Lei n. 9.047/95, subordinar-se-á: à situação do bem no Brasil; à existência de cônjuge ou de filhos brasileiros ou de quem os represente (CC, arts. 1.851 a 1.856), e à lei pessoal do *de cuius*, que não lhes poderá ser mais favorável [...] (DINIZ, Maria Helena, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro interpretada, 17 ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012)

Dessa forma, percebe-se que, como forma de proteção ao herdeiro brasileiro, no que se refere aos bens de estrangeiro situados no Brasil, deverá ser aplicada a legislação mais favorável ao filho brasileiro, seja a nacional ou a alienígena.

Por conseguinte, independentemente do reconhecimento ou não da suposta união estável entre a inventariante e o falecido, ou da nacionalidade do restante da prole, basta que um dos filhos seja brasileiro para que se aplique tal dispositivo.

Conforme o artigo 12, I, “a”, da Constituição Federal:

Art. 12. São brasileiros:

I – natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; [...]

Assim, analisando-se a certidão de nascimento de G. N. (fls. 95), verifica-se que é natural de Blumenau – Santa Catarina, sendo, então, brasileiro.

Portanto, desnecessárias maiores digressões a respeito da nacionalidade brasileira provisória do restante da prole da suposta companheira.

Tecidas tais considerações iniciais, passa-se à análise de qual das legislações, brasileira ou italiana, é mais favorável ao filho brasileiro, no caso concreto, levando também em consideração a possibilidade de ser reconhecida ou não a união estável.

Necessário referir que os bens arrolados na ação de inventário restringem-se a cotas da empresa Administradora de Bens *O Sole Mio* Ltda. EPP, cujo contrato social indica sua constituição em fevereiro de 1999 (fls. 38-41 das cópias).

Verifica-se que o casamento do *de cujus* começou a ser regido pelo regime de separação dos bens em 20-2-1980, conforme certidão de casamento (fls. 97).

Colhe-se, ainda, da inicial da ação de reconhecimento de união estável (fls. 97-106 das cópias), que a suposta união teve início em 1989, convivendo os supostos consortes no mesmo endereço desde 1996 até o momento do falecimento.

Conforme anteriormente referido, o *de cujus* deixou seis filhos, sendo três oriundos do casamento e os outros três – cuja nacionalidade brasileira se verifica sem sombra de dúvida ao menos em um – do relacionamento com C. L. da S..

Diante desse contexto, constata-se a possibilidade de cinco hipóteses, as quais apresentar-se-á didaticamente:

A) Aplica-se a lei brasileira, a união estável é reconhecida, e se admite separação de fato entre o falecido e sua esposa por mais de dois anos;

A esposa do *de cujus* não teria direito sucessório reconhecido, nos termos do artigo 1.830 do *Codex Civil*.

Sabe-se que a companheira participa da sucessão do falecido, em relação aos bens adquiridos na vigência da união estável, e, concorrendo com filhos descendentes só do autor da herança, terá direito à metade do que couber a cada um deles, nos termos do artigo 1.790, II, do Código Civil.

A Constituição Federal, em seu artigo 227, § 6º, proíbe distinção entre filhos legítimos e naturais, cabendo aos segundos a mesma fração ideal a qual tem direito os primeiros.

Dessa forma, sendo seis os descendentes, caberia à companheira a fração ideal de um treze avos, enquanto os filhos receberiam dois treze avos.

B) Aplica-se a lei brasileira, a união estável é reconhecida, mas não se admite a separação de fato entre o falecido e sua esposa por mais de dois anos;

Conforme o Enunciado 525 da V Jornada de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça, é admitida a concorrência entre cônjuge e companheiro sobreviventes.

A companheira teria direito à metade de que coubesse a cada um dos filhos, conforme já mencionado.

A cônjuge virago faria jus à mesma fração de cada um dos descendentes do autor da herança, sem reserva da quarta parte, por se tratar de filiação híbrida, como orienta o Enunciado 527 da V Jornada de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça.

Os descendentes teriam todos direito à mesma fração ideal, sem distinção entre os havidos ou não da relação de casamento.

Dentro desta hipótese, a companheira teria direito à um quinze avos, e a cônjuge e os filhos, a dois quinze avos cada um.

C) Aplica-se a lei brasileira, a união estável não é reconhecida, mas se admite a separação de fato;

A suposta companheira não teria vínculo sucessório com o falecido.

A esposa não teria direito sucessório, como já referido.

Sem distinção entre os descendentes, o quinhão de cada um seria de dois doze avos.

D) Aplica-se a lei brasileira, a união estável não é reconhecida, mas não se admite a separação de fato;

A esposa concorreria – sem a reserva da quarta parte, como já mencionado – juntamente com os descendentes, sendo a fração de cada um correspondente a dois quatorze avos.

E) Aplica-se a lei alienígena;

Conforme a legislação italiana traduzida colacionada aos autos (fls. 51-55), não figuraria a companheira como sucessora.

É reservado ao cônjuge a fração ideal de um terço, independentemente do regime de bens, quando concorre com mais de um filho, conforme o artigo 581 do Código Civil Italiano.

Também não há nenhuma menção de distinção entre filhos legítimos e naturais, pelo que se entende que devem suceder por igual.

Assim, o quinhão a que faria jus cada um dos filhos seria de dois dezoito avos.

Conforme as possíveis soluções elencadas supra, percebe-se que das quatro possibilidades ao se aplicar a legislação brasileira, qualquer dos rumos que o reconhecimento da união estável acabe tomando, e comprovada ou não a separação de fato da cônjuge virago por mais de dois anos, estas se mostram mais benéficas aos herdeiros brasileiros do que a aplicação da lei pessoal do *de cujus*.

Assim, comparadas ambas as legislações e, percebendo ser a brasileira mais benéfica, deve ser resguardado o direito dos herdeiros brasileiros, conforme prevê o artigo 5º, XXXI, da Constituição Federal, pelo que deve ser aplicada a lei nacional.

Portanto, pelas razões expostas, deve ser mantida a decisão do magistrado *a quo*, posto que em absoluta conformidade com o entendimento desta Corte de Justiça.

Sob tais circunstâncias, vota-se no sentido de conhecer do recurso, e, no mérito, negar-lhe provimento.

Este é o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Embargos Infringentes n. 2012.010719-8, de Brusque

Relatora: Desembargadora Rejane Andersen

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE CONSULTORIA, REGIDO PELO CÓDIGO CIVIL. AJUSTE POR PRAZO DETERMINADO. CLÁUSULA DE REMUNERAÇÃO VARIÁVEL. INCIDÊNCIA SOBRE A VARIAÇÃO POSITIVA DO EBIT (DO INGLÊS *EARN BEFORE INTEREST AND TAXES*, TRADUZIDO COMO “RESULTADO ANTES DAS DESPESAS FINANCEIRAS”), APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO ACORDADO. DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA. EXIGÊNCIA DE LUCRO PARA A INCIDÊNCIA DA REMUNERAÇÃO. DESCABIMENTO. ATIVIDADE DE MEIO. VINCULAÇÃO DA CONSULTORIA A DIAGNÓSTICO APRESENTADO ANTES DA CONTRATAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADE SUJEITA ÀS INTEMPÉRIES ECONÔMICAS, POLÍTICAS E LEGISLATIVAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. AVENÇA FIRMADA EM PÉ DE IGUALDADE ENTRE AS PARTES. INADIMPLÊNCIA VERIFICADA. *QUANTUM* REMUNERATÓRIO APURADO EM PERÍCIA OFICIAL, ESTA QUE RECONHECEU, DE MANEIRA IRREFUTÁVEL, A VARIAÇÃO POSITIVA DO EBIT, APÓS AS INTERVENÇÕES DA EMBARGANTE. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2012.010719-8, da Comarca de Brusque (Vara da Família Órfãos, Sucessões, Inf e Juventude), em que é embargante TQM - Total Qualified Management, e embargada Fábrica de Tecidos Carlos Renaux S/A:

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso para restabelecer a condenação imposta na sentença. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubick, com voto, e dele participaram a Exma. Sra. Desembargadora Rejane Andersen, Relatora, os Exmos. Srs. Desembargadores Jânio Machado, Soraya Nunes Lins, Paulo Roberto Camargo Costa, José Inácio Schaefer, Luiz Fernando Boller, Ronaldo Moritz Martins da Silva, Robson Luz Varella, Janice Goulart Garcia Ubialli, Rosane Portella Wolff, Gaspar Rubick, Cláudio Barreto Dutra e Salim Schead dos Santos.

Florianópolis, 10 de setembro de 2014.

Rejane Andersen
RELATORA

RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes opostos por TQM – Total Qualified Management contra decisão da Quarta Câmara de Direito Comercial desta Corte de Justiça - relator designado para o acórdão Desembargador Altamiro de Oliveira - que, por maioria de votos, conheceu e deu provimento ao recurso de apelação interposto por Fábrica de Tecidos Carlos Renaux S/A – nos autos da ação de cobrança n. 011.06.005486-8 intentada pela embargante – para afastar a condenação desta ao pagamento de R\$ 425.880,00 (quatrocentos e vinte e cinco mil, oitocentos e oitenta reais) a título de remuneração por prestação de serviços de consultoria empresarial.

Pretende a recorrente fazer prevalecer o voto vencido exarado pelo Exmo. Sr. Des. José Inácio Schaefer, no sentido de confirmar a sentença de primeira instância que condenou a embargada ao pagamento do valor supracitado. O voto vencido está fulcrado nos fundamentos adotados como razão de decidir pela sentença de primeira instância, com destaque para o laudo pericial de fls. 299-320.

O voto vencedor, acompanhado pelo Desembargador Lédio Rosa de Andrade, fundamenta o provimento do recurso da ré (Fábrica de Tecidos Carlos Renaux S/A) como única forma de conferir validade ao princípio da boa-fé nas relações contratuais – na modalidade objetiva –, nos termos dos arts. 113, 421 e 422, todos do Código Civil de 2002.

A embargante defende em sua peça recursal a prevalência do voto vencido sobre o vencedor, em razão de todo o conteúdo fático-probatório dos autos indicar o efetivo inadimplemento contratual da embargada. Dentre os fundamentos invocados, destaco os principais: 1) o contrato de consultoria firmado entre as partes previa como parte da remuneração uma parcela variável, esta calculada com base na variação positiva do EBIT (do inglês Earn Before Interest and Taxes, traduzido como “resultado antes das despesas financeiras”), e não na existência de lucro; 2) a consultoria é, por excelência, uma atividade de meio e não de resultado, razão pela qual o seu trabalho *“é focado na parte operacional e comercial da empresa. As mudanças implementadas foram no sentido de melhorar as vendas e, conseqüentemente o faturamento, bem como na redução do custo operacional da empresa, aumentando assim o EBIT”*; 3) a embargada é uma empresa de grande porte e com experiência nas práticas comerciais, razão pela qual, não se pode aceitar o alegado desconhecimento acerca da abrangência do contrato firmado, ou seja, que a variação positiva do EBIT implica na remuneração variável ajustada; 4) a embargada, do início da contratualidade até o seu encerramento pelo decurso do tempo, pagou a parcela fixa pontualmente e jamais apresentou discordância em relação ao desenvolvimento dos trabalhos de consultoria, mas ao contrário, informou ter impedido sua realização a contento; 5) o laudo produzido pelo perito do juízo não deixa margem à dúvidas, pois comprovou a existência de resultado positivo do EBIT no período contratado, razão pela qual, a remuneração fixada na sentença deve ser restabelecida.

A ré impugnou os embargos, refutando todos os argumentos nele apresentados (fls. 505-512).

Tendo em vista a decretação da falência da embargada Fábrica de Tecidos Carlos Renaux S/A, os autos foram remetidos à doutra Procuradoria-Geral de Justiça, oportunidade em que esta se manifestou pela ausência de interesse a ser tutelado pelo Ministério Público no presente feito.

É o necessário relato.

VOTO

O recurso, adianta-se, merece provimento.

O ponto nevrálgico para a solução da contenda exige a interpretação da cláusula B do contrato de consultoria firmado entre as partes, qual seja, a que estabeleceu a remuneração e sua forma de pagamento.

Extrai-se da aludida cláusula:

“Pela prestação de Serviços a TQM receberá da FATRE remuneração conforme o adiante estabelecido:

1 - Remuneração Básica: A TQM será remunerada pelo valor semanal de R\$ 25.000,00 (Vinte e Cinco Mil Reais). Este valor será corrigido pelo IPC a cada 12 semanas decorridas.

2 - Remuneração Variável: NOSSA EMPRESA será também remunerada por um percentual sobre o lucro. Entende-se por lucro, para os efeitos desta remuneração o resultado positivo das operações (EBIT) observado o regime de competência, excluídos os lançamentos não recorrentes tal como, a reavaliação do ativo aprovada pela AGE de 30/12/04.

A) A NOSSA EMPRESA será remunerada em 13% (treze por cento) sobre o aumento do lucro (EBIT) que melhore os valores médios do ano de 2004 de - 11,9% (onze vírgula nove por cento negativos), já expurgada uma despesa comercial de R\$ 4.460.665,00/junho de 2004. Nesta remuneração os impostos (PIS/COFINS/ISS) ficarão por conta da TQM.

B) A primeira mensuração, para efeitos do item anterior, será feita em base aos resultados auditados quatro meses após o início do projeto. O valor devido será pago em três parcelas mensais e sucessivas pela SUA EMPRESA à NOSSA EMPRESA. Já a segunda mensuração será feita em até 45 (quarenta

e cinco) dias da data do término deste contrato e terá como base final, compensando-se os valores pagos por decorrência da primeira mensuração. O valor remanescente será pago igualmente em três parcelas mensais (fls. 27-28).

Posteriormente, na data de 10 de junho de 2005 as partes firmaram aditivo ao contrato e anteciparam o termo final do ajuste - inicialmente previsto para 30 de janeiro de 2006 - para 30 setembro de 2005 e alteraram o valor da remuneração básica referida na cláusula primitiva, mantendo, entretanto, os termos de mensuração da remuneração variável:

Extrai-se do aditivo contratual:

“B – da Remuneração e Forma de Pagamento

1. Remuneração Básica: Fica estabelecido que a partir de 13 de junho de 2005 até 30 de setembro de 2005 a TQM será remunerada pelo valor semanal de R\$ 12.500,00 (doze mil e quinhentos reais). Esse valor será corrigido pelo IPC a cada 12 semanas decorridas.

2. Remuneração Variável: As remunerações previstas no item B do contrato principal não se alterarão, exceto que a última medição deverá ser realizada após quarenta e cinco dias a contar de 30 de setembro de 2005, data do término do contrato conforme previsto neste aditivo” (fl. 33).

Não há divergência entre as partes no que toca à remuneração básica, que foi quitada pela embargada nas datas aprazadas e sequer é objeto da inicial da presente ação de cobrança. A controvérsia refere-se unicamente à remuneração variável, estabelecida com base na variação positiva do EBIT.

Antes de continuar, importante estabelecer com clareza o conceito do EBIT:

“Ebit é a abreviação de EBITDA que é a sigla inglesa para before interest and taxes que traduzindo para o português significa lucros antes de juros e impostos. No Brasil o termo também se designa como resultado operacional, resultado operacional líquido, resultado de exploração, resultado líquido de exploração, resultados antes dos impostos, lucro operacional, lucro operacional líquido, ganho líquido por exploração e função financeira. O EBIT é um cálculo econômico financeiro usado para avaliar a capacidade da empresa

em gerar resultados a partir de sua atividade operacional. Ou seja, a capacidade que a empresa tem de gerar dinheiro diretamente a partir dos seus serviços, sem considerar os impostos, por exemplo. Este indicador reflete os resultados da empresa antes das deduções financeiras e fiscais” (conceito extraído do sítio eletrônico www.tudoemfoco.com.br, no campo artigos econômicos, acesso em 07.04.14).

Enquanto a sentença de primeira instância entendeu que a variação positiva desse índice implica a exigência da remuneração variável ajustada, o acórdão embargado estabelece, como pressuposto para esta, a existência de lucro líquido, o que faz com fulcro no princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista o diagnóstico – que previa uma simulação de resultado positivo do EBIT no percentual de 15,2% - apresentado pela embargante no momento da celebração do contrato de consultoria (fls. 104-225).

Com a devida vênia ao entendimento externado no voto vencedor, entendo deva prevalecer a posição vencida do Exmo. Sr. Des. José Inácio Schaefer, no sentido de confirmar a sentença de primeira instância, da qual, de acordo com o art. 150 do Regimento Interno desta Egrégia Corte de Justiça, extraio os fundamentos como razão de decidir:

(...) Da leitura dos autos, extrai-se que todos os pagamentos semanais restaram integralmente realizados pela parte acionada durante o período contratado, fato este que não admite qualquer controvérsia. Neste contexto, resta concluir que o cerne do litígio gira em torno unicamente dos pagamentos não realizados em decorrência da suposta melhora do EBIT da empresa requerida, que supostamente ocasionou o crédito de R\$ 586.131,00 em favor da autora.

Em contrapartida à tese autoral, a acionada sustentou que não obteve nenhum lucro em virtude das atividades da contratada, ao revés, alegou ter sofrido prejuízo, embora a promessa quando da contratação fosse outra, ou seja, garantia de superávit de 12%. Em razão da permanência do déficit da empresa, tal situação afastaria qualquer direito ao recebimento de remuneração variável em favor da requerente, motivo pelo qual não efetuou nenhum pagamento desta modalidade.

Entretanto, em que pese consideráveis os argumentos tecidos pela parte demandada, tem-se que suas justificativas para o inadimplemento contratual não encontram guarida no ordenamento jurídico, tampouco nos documentos e provas carreadas ao feito.

No tocante à qualidade dos serviços prestados, é de ser rememorado, antes de adentrar no mérito da questão propriamente dita, que o contrato em tela foi formulado em igualdade de condições técnicas entre as partes, baseado especialmente na autonomia da vontade e na liberdade de contratar.

Esses princípios, que norteiam os contratos firmados sob a égide do Código Civil, são tidos como regra geral e, uma vez manifestada a vontade isenta de vícios, as partes ficam vinculadas de modo semelhante a qualquer norma legal, para cujos consectários originam-se os direitos e as obrigações.

Nessa linha lógica e partindo-se para a interpretação das cláusulas contratuais ajustadas, vê-se que os serviços disponibilizados à requerida, em nenhum momento, se comprometeram diretamente com a obtenção de lucros para a empresa acionada. A simples leitura do objeto do contrato acima transcrito não deixa dúvidas a esse respeito. Como se sabe, os serviços de consultoria empresarial objetivam basicamente detectar os aspectos negativos de determinadas áreas da empresa contratante, para posteriormente viabilizar a otimização de seus resultados, o que nem sempre possui o condão de interferir diretamente/imediatamente na obtenção de lucro, não podendo ser considerada, bem por isso, uma atividade finalística.

Isso porque o resultado do trabalho dos consultores não está unicamente ligado às variáveis das circunstâncias internas da empresa, que representam questões complexas capazes de modificações pelos consultores, na medida em que sofrem interferência principalmente das circunstâncias momentâneas de mercado, tal como a política, a economia, entre outros fatores relevantes, os quais ultrapassam a ingerência dos prestadores do serviço em questão. E, exatamente por isto, a atividade de consultoria é considerada uma obrigação de meio, no sentido de que não assegura a obtenção de lucro, sendo de mencionar que tal entendimento é ou deve ser de conhecimento de ambos os contratantes, na qualidade de empresários. Outrossim, na hipótese, não se pode cogitar que o inadimplemento contratual da ré foi motivado pela precariedade dos serviços da contratada, seja por não ter alcançado sua promessa lucrativa, seja por não ter desempenhado o trabalho com excelência.

Ademais, não estivesse a requerida contente com os serviços da litigante adversa, não teria efetuado o pagamento semanal rigorosamente em dia, tampouco aguardaria o término do prazo previsto no contrato. Aliás, sobre o efetivo trabalho da autora, constata-se que foi a própria acionada quem carrou ao feito as propostas dos aprimoramentos a serem realizados em sua empresa (fls. 103/225), cujos estudos, ao que parecem, demandaram considerável tempo e apreciação, nada tendo sido diversamente comprovado nos autos pela ré, embora lhe coubesse tal ônus probante, por força do art. 333, II, do CPC.

Quanto à tese defensiva de ausência de lucratividade, superada a questão da qualidade da prestação dos serviços da requerente, vale esclarecer a exegese da palavra lucro, constante no contrato entabulado entre as partes. Retira-se do pacto que, além da remuneração base consistente no pagamento semanal de importância fixa, também restou previsto um pagamento variável, ou seja, uma remuneração que seria realizada de acordo com o percentual sobre o lucro obtido com o resultado do desempenho dos serviços da demandante.

Na sua defesa, a sociedade empresária requerida tenta se eximir da responsabilidade da remuneração variável, sob o argumento de que não obteve qualquer lucro decorrente das atividades da autora. Ou seja, no entender da acionada, a palavra lucro possui o sentido de saldo positivo (superávit) e não de simples melhora.

Não é, todavia, o que se infere da leitura do instrumento negocial assinado pelas partes. Com efeito, na cláusula 2.B.2. (fl. 27), a palavra lucro foi definida como “o resultado positivo das operações (EBIT) observado o regime de competência”. Logo adiante, enfatizou-se com maior particularidade que “**A) A NOSSA EMPRESA será remunerada em 13% (treze por cento) sobre o aumento do lucro (EBIT) que melhore os valores médios do ano de 2004 de -11,9%** (onze vírgula nove por cento negativos), já expurgada uma despesa comercial de R\$ 4.460.665,00/junho de 2004” (grifou-se).

Note-se, pois, que a referência ao termo “lucro” na pactuação em tela não designa mera obtenção de aumento positivo da diferença entre o faturamento e as despesas da empresa, ou seja, vantagem patrimonial propriamente dita. Notadamente, corresponde ao melhoramento do resultado das atividades operacionais de forma ampla, excluídos os resultados financeiros, tanto que, para exprimir esta idéia, utilizou-se o termo EBIT (do inglês *Earn Before*

Interest and Taxes), que designa o entendimento de “resultado antes das despesas financeiras” (esclarecimento constante no laudo pericial, fls. 313/315).

Assim, pode-se concluir que o termo lucro utilizado na contratação *sub judice* designa qualquer vantagem/melhoramento no rendimento/aproveitamento das atividades da empresa contratante no ano de 2005, em comparação ao ano imediatamente anterior, bastando que fosse apurada tão somente efetiva diminuição do déficit do EBIT.

No concernente ao percentual do EBIT para o ano de 2004, para que se pudesse apurar o real melhoramento/agravamento dos resultados da empresa, os contratantes, conjuntamente, estabeleceram o percentual do EBIT para o ano de 2004 em -11,9% (onze vírgula nove por cento negativo), fator este que, em nenhum momento, foi atacado pela ré em sua resposta, vindo a ser cogitado o equívoco da adoção de tal índice somente após a apresentação do laudo técnico pelo experto, quando este informou que o EBIT para o referido ano seria -8,49% (onze vírgula quarenta e nove por cento negativo), levando em consideração também o mês de dezembro e não somente até o mês de novembro, como ocorreu.

Ocorre que, não sendo objeto de impugnação tal circunstância e tendo os contratantes ajustado o índice mencionado para o exercício de 2004, ambos com capacidade técnica e informações suficientes para a referida apuração, dados estes, inclusive, muito possivelmente repassados pela própria requerida e sob a presunção da boa-fé objetiva (ao menos não se comprovou o contrário), não se parece viável sua alteração, nos termos retratados pelo perito judicial. Não se oblitere, ademais, que também o EBIT do ano de 2005 foi apurado parcialmente, uma vez que os serviços foram desempenhados até o dia 30 do mês de setembro e, portanto, calculado até então.

No atinente ao melhoramento do EBIT, resta constatar a existência, ou não, do melhoramento referente ao ano de 2005 comparado ao de 2004, para que se possa apurar eventual direito creditício em favor da autora, em virtude da prestação de seus serviços à acionada, com base na previsão da remuneração variável contratada.

Para sanar as contradições apresentadas pelas partes, foi realizada perícia contábil (fls. 299/320), em que restaram apresentados valores diferentes do EBIT com base em duas diferentes metodologias. Porém, ambos importes

com a conclusão do efetivo melhoramento do EBIT do ano de 2005 em relação ao anterior período.

A primeira pontuação tomou por base o EBIT calculado sobre o ano integral de 2004 (-8,49%), apurando-se um aumento de R\$ 1.980.000,00. Já a segunda, por sua vez, teve por base o EBIT previsto no pacto em referência (-11,9%) e com lastro na documentação carreada aos autos pela parte requerente, cujo aumento retratou o importe de R\$ 3.276.000,00.

Apesar de impugnado o laudo pelas partes, nenhum dos pareceres posteriormente confeccionados pelas partes apresentaram elementos consistentes no sentido de afastar as proposições da perícia realizada, tanto que a conclusão do assistente técnico da parte autora (fl. 371) foi no sentido de concordar com a segunda importância expressa pelo trabalho elaborado em juízo.

As argumentações do assistente da acionada (fls. 355/356) reiteram as teses de defesa anteriormente expostas quando da resposta, as quais igualmente não possuem o condão de fragilizar a prova técnica produzida nos autos. É bem verdade que “o juiz não está adstrito ao laudo pericial oficial, sob pena de o experto transmutar-se em julgador. Não obstante, para desprezar as conclusões daquele, há que se basear em fundados e convincentes motivos” (TJSC, AC 2002.009283-0, Luiz César Medeiros, 17.07.2006). E, “da mesma forma que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo, inclusive, formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, inexistente empecilho para que ele o adote integralmente como razões de decidir, dispensando as outras provas produzidas, inclusive os laudos apresentados pelos assistentes técnicos das partes, desde que dê a devida fundamentação” (TJSC, AC 2006.046226-0, Volnei Carlin, 05.09.2007).

Destarte, a metodologia empregada para a confecção do laudo técnico oficial somada aos argumentos e esclarecimentos nele consignados, são fundamentos suficientemente aptos para sustentar a versão consignada na exordial pela autora, no sentido de que realmente houve melhora do EBIT da empresa requerida no ano de 2005 em comparação ao ano anterior e, por isto, deverá receber o percentual correspondente à referida majoração.

No tocante à base de cálculo para a remuneração variável, deve ser considerada como tal, para a aplicabilidade do percentual contratado (13%), aquele montante constante na segunda conclusão pericial (R\$ 3.276.000,00), para

cuja apuração é tomado o EBIT contratado para o ano de 2004 (-11,9%), consoante *susso* asseverado e de acordo com a documentação carreada ao feito pela parte autora (fls. 35/77), já que são dados oficiais elaborados pela própria administração da requerida, na forma de relatórios específicos e disponibilizados no sítio eletrônico governamental da Comissão de Valores Mobiliários (<http://www.cvm.gov.br/>), cujos informes possuem presunção de veracidade e que não foram derruídos em qualquer instante pela ré (art. 333,II, do CPC).

Portanto, a apuração da remuneração variável devida pela empresa requerida em decorrência da prestação dos serviços de consultoria, tomando-se a base de cálculo referente ao melhoramento do EBIT de 2005 comparado ao ano de 2004 (R\$ 3.276.000,00) e empregada a alíquota contratada (13%), alcança o valor de R\$ 425.880,00 (quatrocentos e vinte e cinco mil e oitocentos e oitenta reais) (fls. 412-420).

Insta destacar, por fim, que não se vislumbra ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, uma vez que os serviços de consultoria foram prestados na forma ajustada e o EBIT da ré ora embargada melhorou consideravelmente, conforme comprova a perícia realizada. Isso indica um sucesso expressivo nas técnicas implementadas pela empresa embargante.

Ademais, a apresentação do diagnóstico de fls. 104-213 representou tão somente os objetivos a serem alcançados pela prestação dos serviços de consultoria, contudo, não há obrigação contratual – nem poderia – da embargante para atingi-los. Isso porque, repita-se, esse panorama depende de inúmeros fatores externos, como por exemplo, os indicadores econômicos, a disponibilidade de mão de obra qualificada, alterações legislativas, dentre outros. E como a atividade desenvolvida é de meio e não de resultado, não é razoável nem isonômico exigir-se o alcance de todas as metas propostas no referido diagnóstico.

Por essas razões, voto pelo provimento do recurso para restabelecer a condenação da ré Fábrica de Tecidos Carlos Renaux S/A ao pagamento da remuneração variável ajustada no contrato de consultoria

firmado com a embargante, nos mesmos termos adotados na sentença de primeira instância. Em consequência, as custas processuais e honorários advocatícios devem ser satisfeitos pelas partes na forma disposta no *decisum* de primeiro grau de jurisdição.

É o voto.

Embargos Infringentes n. 2014.029254-1, de Caçador

Relator: Des. Paulo Roberto Camargo Costa

EMBARGOS INFRINGENTES. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (*LEASING*). JUROS REMUNERATÓRIOS. ACÓRDÃO PROFERIDO PELA DOUTA MAIORIA COM BASE NA TAXA REFERENTE AO CUSTO EFETIVO E LIMITANDO O PERCENTUAL À MEDIA DE MERCADO DIVULGADA PELO BACEN. INSURGÊNCIA DO BANCO. ACOLHIMENTO. DISTINÇÃO ENTRE JUROS REMUNERATÓRIOS E CUSTO EFETIVO. PERCENTUAL QUE NÃO REPRESENTA SOMENTE A REMUNERAÇÃO DO CAPITAL, MAS TODOS OS ENCARGOS E DESPESAS INCIDENTES NA OPERAÇÃO DE CRÉDITO, NOS TERMOS DA RESOLUÇÃO N. 3.517/2007 DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL QUE NÃO PERMITE A ANÁLISE DA TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DA CONTRATAÇÃO EXPLÍCITA DESTE ENCARGO. DECISÃO INÓCUA. PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO. RECURSO PROVIDO.

Descabida a utilização da taxa prevista no contrato correspondente ao custo efetivo total anual para aferição da abusividade dos juros remuneratórios, porquanto ela representa não somente a remuneração do capital, mas todos os encargos e despesas incidentes na operação, nos termos da Resolução n. 3.517/2007, do Banco Central do Brasil.

Além disso, o valor que compõe a contraprestação do *leasing* corresponde à locação do bem objeto do contrato, à remuneração da arrendante, à depreciação que o bem possa vir a sofrer enquanto na posse do arrendatário, correspondendo o VRG ao complemento para definição do valor do bem, na hipótese de opção pela sua aquisição, pelo que não há como ter certeza do que seja ou não juros.

Assim, se a natureza do contrato de arrendamento mercantil não permite a análise da taxa de juros, como no caso concreto, incidindo sobre os valores

das contraprestações e do VRG apenas o reajuste monetário contratado, inviável o exame de juros remuneratórios ou sua eventual capitalização.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2014.029254-1, da comarca de Caçador (2ª Vara Cível), em que é embargante Banco Volkswagen S/A, e embargado José Vaneri Batista:

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubick, com voto, e, dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Senhores Desembargadores Cláudio Barreto Dutra, Salim Schead dos Santos, Lédio Rosa de Andrade, Jânio Machado, Soraya Nunes Lins, José Inacio Schaefer, Luiz Fernando Boller, Tulio Pinheiro, Ronaldo Moritz Martins da Silva, Gilberto Gomes de Oliveira e Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer.

Florianópolis, 12 de novembro de 2014.

Paulo Roberto Camargo Costa
RELATOR

RELATÓRIO

Perante o juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Caçador, Banco Volkswagen S/A ajuizou ação de reintegração de posse contra José Vaneri Batista objetivando a reintegração do automóvel GM Corsa Hatch, ano/modelo 2003/2004, cor branco, chassi 9BGXF68X04C135013, placa ALD6619, bem esse objeto do contrato de arrendamento mercantil n. 458015, celebrado em 18.08.2008, pelo valor de R\$ 24.900,00 (vinte e quatro mil e novecentos reais), a ser pago em 60 contraprestações mensais, incluído VRG, vencendo-se a primeira em 18.09.2008, estando inadimplente desde a parcela n. 18, vencida em 18.01.2010.

Por sentença, o MM Juiz de Direito julgou procedente o pedido da Instituição Financeira para consolidar nas suas mãos a posse do veículo descrito na inicial. Condenou, ainda, o Requerido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do patrono da parte autora, os quais fixou em R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Irresignado, o Demandado apelou tendo a colenda Quinta Câmara de Direito Comercial, por maioria de votos, Relatora Desa. SORAYA NUNES LINS, conhecido do seu recurso e dado parcial provimento ao mesmo “*para possibilitar a revisão das cláusulas do contrato de arrendamento mercantil; permitir a cobrança da comissão de permanência apenas no período da inadimplência, limitada ao mesmo percentual dos juros remuneratórios e vedada a sua cumulação com os demais encargos da mora; afastar a exigência da capitalização; afastar a utilização da TR como índice de correção monetária, substituindo-a pelo INPC; e possibilitar a repetição do indébito*” (fl. 212). Vencido o Exmo. Sr. Des. JÂNIO MACHADO, que votou no sentido de negar provimento ao recurso, quanto aos juros remuneratórios, mantendo os valores pactuados a título de contraprestação (fls. 213-216).

Banco Volkswagen S/A opôs Embargos Infringentes buscando prevalecer o voto vencido, no que tange aos juros remuneratórios e sua capitalização de juros, além da comissão de permanência.

A Relatora, Desa. SORAYA NUNES LINS, a teor do disposto no art. 530 do CPC, admitiu os embargos infringentes somente com relação “*à análise da possibilidade de revisão dos juros remuneratórios*” (fl. 288).

Não foram apresentadas contrarrazões.

Este é o relatório.

VOTO

Porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, acompanhando a eminente Relatora Originária.

Argumentou o Embargante que, nos contratos de arrendamento mercantil, “*não há incidência de juros remuneratórios, haja vista que a composição do preço do arrendamento mercantil se traduz no valor da contraprestação e do valor residual garantido*” (fl. 256); que “*existe o denominado Custo Efetivo Total (CET), que é calculado considerando-se os fluxos referentes às liberações e aos pagamentos previstos, incluindo a Taxa Interna de Retorno e outras despesas*” (fl. 257).

A Doutra Maioria, acompanhando o voto da eminente Relatora, Des. SORAYA NUNES LINS, entendeu que, “*Na hipótese dos autos, constata-se que o contrato prevê a cobrança do denominado Custo Efetivo Total - CET, cujo coeficiente de cálculo aponta o percentual anual de 23,52% (vinte e três vírgula cinquenta e dois por cento) (fl. 11). É evidente que o percentual cobrado a título de Custo Efetivo Total - CET nada mais é, senão, juros remuneratórios, incidente na periodicidade anual. [...] Assim, forçoso concluir que no contrato de arrendamento mercantil em análise há pactuação dos juros remuneratórios, cujo índice está previsto na cláusula denominada de Custo Efetivo Total.*” (fls. 196-197).

Já o Exmo. Sr. Des. JÂNIO MACHADO, que votou vencido no sentido de negar provimento ao recurso, pois entendeu que, “*No caso concreto inexistiu pacto de juros remuneratórios, a tanto não podendo se considerar a simples referência ao Custo Efetivo Total da operação bancária realizada, em cláusula assim redigida: [...]*” (fl. 213).

Pertinente se faz esclarecer primeiramente acerca do instituto do leasing:

“Consideramos *leasing*, ou arrendamento mercantil: o negócio jurídico entre arrendadora (pessoa jurídica), e arrendatário (pessoa física ou jurídica), visando ao arrendamento de bens adquiridos pela primeira, de conformidade com especificações da segunda e para uso desta, mediante o pagamento de contra-

prestações, por um prazo certo, podendo ao final escolher entre as opções de: renovar o contrato, encerrá-lo (devolvendo o bem) ou adquiri-lo mediante pagamento do valor residual fixado ao início da avença.”

(Direito Bancário e Temas afins, coordenadores Geraldo José Guimarães da Silva, Antônio Márcio da Cunha Guimarães, Campinas: Cs Ed., 2003, p. 826p)

Entende TAVARES PAES que “*O leasing é um contrato de arrendamento, mas com peculiaridades: o fabricante dos bens fecha o contrato com uma sociedade leasing (instituição financeira) e não diretamente como locatário. É um contrato mediante o qual uma pessoa jurídica que desejar utilizar determinado bem ou equipamento, por determinado lapso de tempo, o faz por intermédio de uma sociedade de financiamento, que adquire o aludido bem e lhe aluga. Terminado o prazo locativo, passa a optar entre a devolução do bem, a renovação da locação, ou aquisição pelo preço residual fixado inicialmente*” (Leasing, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.15)

No mesmo sentido, esclarece DEJALMA DE CAMPOS:

“[...] o que caracteriza a operação de arrendamento que se denomina leasing é o seguinte: 1º.) forma contratual do tipo complexo (locação de coisas, promessa unilateral de venda e eventualmente, uma venda); 2º.) pagamento periódico pelo arrendatário de quantia prefixada (prestações locativas); 3.º) opção de compra no final; por preço residual. Consistente no preço da venda inicial acrescido do custo financeiro, descontadas as prestações locativas já pagas.”

(ISS: Um Aspecto Tributário do Leasing. Revista de Direito Tributário. vol. 19-20. p. 334).

FABIO ULHOA COELHO explica que “*o arrendamento mercantil é a locação caracterizada pela faculdade conferida ao locatário (arrendatário) de, ao término do prazo locatício, optar pela compra do bem locado. Em termos esquemáticos, o leasing é a sucessão de dois contratos, o de locação e o de compra e venda, sendo o último opcional*” (Curso de Direito Comercial, 5ª edição, 2005, São Paulo: Saraiva, vol. 3, p. 145).

Frise-se que o contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), tem como uma de suas características a locação, pelo qual uma pessoa, almejan-

do utilizar determinado bem ou equipamento, contrata com outra o arrendamento deste bem por um certo período, com a opção de renovação do arrendamento, devolução ou compra do bem com o pagamento do VRG.

Assim, o valor que compõe a contraprestação do *leasing* corresponde à locação do bem objeto do contrato, à remuneração da empresa de arrendamento mercantil e à depreciação que o bem possa vir a sofrer enquanto na posse do arrendatário. No preço do bem, estão embutidos todos os custos do contratado, bem como o seu lucro, pelo que não há como ter certeza o que são juros e o que não é.

Na lição de ARNALDO RIZZARDO, “*O valor da prestação não exprime somente a remuneração do dinheiro, mas também a depreciação do equipamento. Daí expressar cifra econômica bem superior a uma simples locação. Espelha, ainda, o lucro da empresa arrendadora. Para constatar tal fato, basta multiplicar o valor da primeira contraprestação pelo prazo do arrendamento, isto é, pelo número de contraprestações*” (Leasing: arrendamento mercantil no direito brasileiro. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 74)

Entretanto, o que é preciso salientar é que a natureza jurídica do contrato de arrendamento mercantil não permite a análise da taxa de juros, pois sobre os valores das contraprestações e do VRG, incide apenas o reajuste monetário contratado.

A respeito, esta Corte já se pronunciou:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – ARRENDAMENTO MERCANTIL – DISCUSSÃO RELATIVA AOS JUROS REMUNERATÓRIOS – IMPOSSIBILIDADE, SALVO NOS CASOS DE EXIGÊNCIA CONFESSA OU DE EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL – LIMITAÇÃO AFASTADA – RECURSO PROVIDO.

À exceção dos casos de previsão expressa ou de confissão de sua exigência pela arrendadora, não há como mensurar os juros remuneratórios – a este título

exclusivamente – na composição da contraprestação, que possui a função de compensar o uso do objeto negociado, o montante investido na aquisição e a potencialidade na compra pelo arrendatário, além de sofrer influência de fatores como a situação econômica, a duração do contrato e a depreciação do bem”.

(Apelação cível n. 2000.013474-0, de Içara, rel. Des. Ricardo Fontes, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. em 30.03.2006).

No exame, o percentual considerado pela Douta Maioria como juros remuneratórios, constante do item “2.1. *Identificação e Valor(es) do(s) Bem(ns) Arrendado(s) – CET A.A. (%)*” do contrato (fl. 11), não retrata taxa de juros remuneratórios ou capitalização de juros, mas sim o CET – Custo Efetivo Total, que corresponde aos encargos e despesas incidentes na operação.

A propósito, o CET – Custo Efetivo Total representa não somente a remuneração do capital, mas o custo total da operação, englobando, além dos juros, tributos, tarifas, seguros e outras despesas cobradas do cliente, consoante definição da Resolução n. 3.517/2007, do Banco Central do Brasil, pelo que descabida a utilização dela como parâmetro para aferição de eventual ilegalidade no contrato.

Dessa forma, demonstrado no pactuado a não incidência de juros remuneratórios e considerando a natureza jurídica do contrato de arrendamento mercantil, deve ser considerada inócua a decisão quanto aos juros remuneratórios, devendo ser restauradas as cláusulas contratuais que estabeleceram parcelas fixas corrigidas na forma eleita pelos contratantes.

Assim, observada a natureza jurídica do contrato de arrendamento mercantil, tenho, com a devida vênia da Douta Maioria, deva prevalecer o entendimento esposado pelo voto vencido.

Frente ao exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para fazer prevalecer o voto vencido, que foi no sentido de negar provimento ao apelo, mantendo os valores pactuados a título de contraprestação.

Este é o voto.

Embargos Infringentes n. 2012.087341-7, de Camboriú

Relator: Des. Luiz Fernando Boller

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. PRETENDIDA RESILIÇÃO UNILATERAL DO NEGÓCIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA À PARTE ADVERSA, ACERCA DO DESINTERESSE NA CONTINUIDADE DO PACTO.

DECISÃO COLEGIADA QUE, EM SEDE DE APELAÇÃO, POR MAIORIA DE VOTOS REFORMOU TAL *DECISUM*, ADMITINDO A POSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO VOLUNTÁRIA DO AUTOMÓVEL ARRENDADO, COM RESTITUIÇÃO, AO CONTRATANTE, DO MONTANTE RELATIVO AO VRG.

BANCO DEMANDADO QUE PUGNA PELA MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO DE 1º GRAU, PREVALECENDO, ASSIM, O VOTO DIVERGENTE. PRETENSÃO ACOLHIDA.

AUTOR EMBARGADO QUE, CONQUANTO ESTIVESSE ENFRENTANDO DIFICULDADE ECONÔMICA, DEIXOU DE ANTECIPADAMENTE CIENTIFICAR O ARRENDADOR ACERCA DO SEU INTERESSE NO DISTRATO DA AVENÇA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 473 DO CÓDIGO CIVIL.

CASA BANCÁRIA QUE NÃO PODE SER SURPREENDIDA COM A REPENTINA INTERRUÇÃO DO AJUSTE. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ QUE DEVE REGER AS RELAÇÕES CONTRATUAIS. RESILIÇÃO QUE, EMBORA PERMITIDA, MOSTRA-SE INCAPAZ DE SE CONCRETIZAR NA ESPÉCIE. PRECEDENTES.

RECLAMO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2012.087341-7, da comarca de Camboriú (2ª Vara Cível), em que é embargante Banco Finasa S/A, e embargado Osmar Teixeira:

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Vencido o Exmo. Sr. Des. José Inácio Schaefer. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador José Gaspar Rubick, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Cláudio Barreto Dutra, Salim Schead dos Santos, José Carlos Carstens Köhler, Jânio Machado, Soraya Nunes Lins, José Inácio Schaefer, Túlio Pinheiro, Ronaldo Moritz Martins da Silva, Robson Luz Varella, Altamiro de Oliveira, Janice Goulart Garcia Ubialli e Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2014.

Luiz Fernando Boller
RELATOR

RELATÓRIO

Cuidam-se de Embargos Infringentes opostos pelo Banco Fina-sa S/A, contra decisão prolatada pelo colegiado da Quarta Câmara de Direito Comercial, que nos autos da Apelação Cível nº 2012.028592-8 (disponível em <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20120285928&Pesquisar=Pesquisar> acesso nesta data), interposta por Osmar Teixeira, por maioria de votos reformou a sentença prolatada nos autos da ação de Rescisão Contratual nº 113.10.003267-4 (disponível em <http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?Processo.codigo=3500011-BI0000&processo.foro=113> acesso nesta data) - relativa ao Contrato de Arrendamento Mercantil nº 4202000636-39/01, referente ao automóvel Fiat Marea, de placa ACK-7077 -, julgando parcialmente procedente o pleito inaugural, nos seguintes termos:

[...] A preliminar veio justificada no fato de que o fundamento da sentença não diria com as matérias aventadas pelas partes, caracterizando julgamento

além do pedido. Porém, a nulidade deixa de ser proclamada, pois ausente prejuízo, já que no mérito a razão está com o recorrente (art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil).

A sentença julgou improcedente a demanda do consumidor, com base no artigo 473 do Código Civil, por falta de prévia notificação da arrendadora, condição que seria requisito essencial para rescindir o contrato de arrendamento.

No despacho inicial foi determinada a citação e deferida a assistência judiciária gratuita, o que pressupõe estavam presentes os pressupostos processuais (fl. 32).

Na contestação, o Banco Finasa entendeu que o contrato, prevendo pagamento de 48 parcelas de R\$ 652,33 (seiscentos e cinquenta e dois reais e trinta e três centavos), não poderia ser rompido porque havia dispendido quantia para financiar a compra do veículo Fiat Marea e inviável a restituição deste com base no Código de Defesa do Consumidor, pois o fato de o requerente ter mudado de domicílio e sofrido redução de seus rendimentos mensais para R\$ 771,54 (setecentos e setenta e um reais e cinquenta e quatro centavos), não poderia, agora, depois de pagar apenas algumas parcelas, agir com má-fé para pedir, ainda, a restituição das quantias pagas a título de valor residual garantido - VRG, o que seria impossível, vez que este serviria para compor as perdas e danos.

No caso concreto, a exigência de notificação extrajudicial não faz justiça ao pedido do consumidor em face da própria natureza do contrato de arrendamento, cujas prestações são devidas enquanto a parte usufruir do bem arrendado. Ademais, o argumento de que esta cientificação é imprescindível não tem a mínima plausibilidade, vez que o pedido inicial em momento algum contemplou tutela antecipada ou liminar capaz de surpreender a arrendatária. Entre a citação e a sentença fluíram mais de seis meses (fls. 34 e 76).

Não bastasse, a rescisão do contrato veio motivada por razões envolvendo força maior (artigo 1.058 do Código Civil), qual seja, a redução da renda. Na peça de defesa este fato não foi contestado. Portanto, a alegação é presumida verdadeira, pois incumbia ao banco a prova contrária.

Mesmo que o contrato não tenha contemplado a possibilidade de devolução do veículo a qualquer tempo, mas apenas ao final do pagamento das 48 parcelas (cláusula 13.1), este direito não poderá ser negado, sendo qualquer disposição em contrário sem efeito.

O mesmo ocorre com a cláusula prevendo que na rescisão do contrato os valores antecipados não serão restituídos (cláusula 4.7), pois verdadeira afronta aos princípios norteadores da defesa do consumidor (artigos 6º, IV e V, e 51, II, do CDC).

Em suma, o pleito deduzido pelo recorrente nesta demanda é imbuído de absoluta boa-fé. O argumento da arrendadora pretendendo fazer crer terem sido pagas poucas parcelas não condiz, pois estas somam dezenove de um total de quarenta e oito, sem contar a entrada de R\$ 7.330,00 (sete mil, trezentos e trinta reais), o que, sem dúvida, equivale a mais da metade do valor do veículo. Com a venda do bem, o banco obterá valor proporcional ao que obteria se o veículo fosse devolvido no final.

Por tais razões, a insurgência é provida para permitir que o arrendatário restitua voluntariamente o veículo, em local a ser indicado pela arrendadora no prazo de 10 (dez) dias a contar da ciência desta decisão ou, ausente manifestação desta, no Juízo de origem, ficando o bem no depósito judicial à disposição da credora. A partir do momento da entrega, inclusive das chaves e documentos, desobrigado estará de continuar pagando as parcelas previstas no contrato, tendo direito a receber a restituição do VRG, devidamente atualizado, conforme vier a ser apurado na fase de cumprimento.

Em caso análogo, onde a decisão foi unânime:

“Ação ordinária. Contrato de arrendamento mercantil. Rescisão. Restituição de parcelas pagas a título de valor residual garantido - VRG. Possibilidade. Opção de compra não exercida. Precedentes. Recurso desprovido. A rescisão do contrato de arrendamento mercantil implica a devolução das parcelas adiantadas a título de VRG, ante a impossibilidade da parte arrendatária exercer a opção de compra do bem” (Apelação Cível n. 2005.038579-0/000000, de Lages. Relator: José Inácio Schaefer. Quarta Câmara de Direito Comercial. Data da sessão: 16/09/2008. Integranes: Des. José Carlos Carstens Köhler - Presidente com voto, e Des. João Henrique Blasi).

Do corpo do acórdão os contornos em destaque:

“No mérito, trata-se de apelo contra sentença que acolheu o pedido de restituição de parcelas pagas em contrato de arrendamento mercantil a título de valor residual garantido - VRG (fls. 87/89). A apelante sustentou que a restituição do VRG não é devida face à culpa da arrendatária pela rescisão contratual. Alegou, ainda, que o referido encargo funciona como uma es-

pécie de garantia à arrendadora, caso não fosse exercida a opção de compra ao final do contrato. Referido argumento foi combatido nas contrarrazões (fls. 133/135).

Nos contratos de leasing, o arrendatário suporta dois encargos distintos: as contraprestações e o valor residual. O primeiro pelo uso e depreciação da coisa, em locação do bem arrendado, e o segundo pelo preço estipulado para exercício da opção de compra do bem ao término do prazo contratado.

De acordo com a inicial, o ajuste em comento visou ao arrendamento de um veículo marca Ford, modelo Escort GL, ficando estipulado o pagamento de 36 parcelas de US\$ 200,00 (duzentos dólares) pela contraprestação e, a título de valor residual, um montante inicial de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) acrescido de outras 36 parcelas de US\$ 341,00 (trezentos e quarenta e um dólares).

A arrendatária pagou o valor residual até a 13ª parcela, quando decidiu rescindir o contrato, opção essa totalmente possível.

As contraprestações pagas não serão devolvidas, pois expressam o valor de locação do bem enquanto na posse direta da arrendatária.

Já o valor residual, objeto da controvérsia, em tese deveria ser exigido unicamente ao final da contratação, mas, neste caso, a cobrança foi efetuada de maneira antecipada e conjuntamente com as contraprestações do ajuste.

Ora, se o valor residual garantido fosse cobrado somente ao término da contratação, nada haveria a ser restituído à arrendatária, pois, uma vez resolvido o contrato, antes de exercida a opção de compra, o contrato teria sido remunerado somente por meio dos “aluguéis” da coisa arrendada.

A alegação da apelante, segunda a qual, a retenção do valor residual garantido teria sido ajustada na cláusula nº 25.2 do contrato de arrendamento mercantil, como se vê, não foi acolhida na sentença, pois a matéria já havia sido agitada na contestação (fls. 26/98). A Câmara, de modo uniforme, tem entendido que tais ajustes sujeitam-se ao Código de Defesa do Consumidor, o qual tem como nulas as disposições que desvirtuam os fins para os quais foi instituída determinada vantagem (art. 51, VI e § 1º).

Assim, tendo em conta que a arrendatária não exerceu a opção de compra do veículo, a devolução do valor pago pelo VRG é imperativa, evitando o enriquecimento sem causa da arrendante.

Nesse mesmo sentido precedente desta Câmara:

Com a resolução do contrato e a entrega do veículo de forma voluntária à arrendadora, a devolução do valores pagos a título de resíduo é medida que se impõe, sob pena de enriquecimento sem causa da Instituição Financeira” (Apelação Cível n. 2001.019433-3, Blumenau, Rel. Des. Lédio Rosa de Andrade, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. em 29.7.08).

Com o provimento do reclamo, arca a instituição financeira com as custas e despesas processuais, ficando os honorários advocatícios arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), tendo em conta o tempo despendido com o acompanhamento da causa - até o momento -, aproximadamente dois anos, bem como a natureza desta e o número de atos processuais praticados (artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil).

Por todo o exposto, o voto é para dar provimento ao apelo (fls. 99/110).

Vencido, o eminente Desembargador Substituto Altamiro de Oliveira, por entender que, embora seja possível - e desde que indenizada a parte contrária pelos prejuízos que vier a sofrer -, a rescisão unilateral do contrato de *Leasing* “*não pode ser operada [...], pois o autor deixou de notificar previamente a parte adversa, o que teve, então, o condão de impossibilitar o prosseguimento do feito ante a carência de ação*” (fl. 110), destacando, mais, que “*a citação válida não possui o condão de suprir a falta [...], uma vez que, à luz da boa-fé e lealdade contratual, o outro contratante não pode, simplesmente, ser surpreendido com a ruptura contratual*” (fl. 110), pronunciou-se no sentido de negar provimento ao apelo.

Malcontente com a divergência, e valendo-se da via dos presentes embargos infringentes, o Banco Finasa S/A argumentou que deve prevalecer o supramencionado entendimento, visto que “*não pode a outra parte ser surpreendida e ainda arcar com o prejuízo das perdas e danos*” (fl. 113), sobretudo porque “*criou-se, ao firmar o negócio, a expectativa do ganho com o cumprimento do contrato em sua integralidade*” (fl. 113), de modo que, “*em nome da boa-fé dos contratantes, teria de haver a notificação prévia do arrendador*” acerca “*da intenção de romper unilateralmente o pacto*” (fl. 114).

De toda forma, em sendo mantida a rescisão do contrato tal como determinada no acórdão, exaltou que deve ser realizada a “*compensação*

do valor do VRG pago com o crédito do arrendador” (fl. 125), isto após “*ser procedida a venda do bem e apuração do resultado*” (fl. 125), sob pena de resultar em inúmeros prejuízos ao banco embargante, que já receberá um automóvel com mais de 4 (quatro) anos de uso e depreciado no mercado, termos em que bradou pelo conhecimento e provimento da insurgência, mantendo-se intata a decisão de 1º Grau que julgou improcedente o pleito exordial (fls. 112/130).

Apresentando resposta, Osmar Teixeira altercou que, ao contrário do que entendeu o togado singular, “*a ausência ou não de notificação prévia não é matéria de ordem pública, até porque [...] não é requisito essencial para a rescisão do contrato*” (fl. 134), acrescentando, ademais, que o ajuste dispensa a “*notificação do arrendatário para sua constituição em mora, portanto não há que ser diferente para o consumidor hipossuficiente*” (fl. 136), não se olvidando que a diligência, em todo caso, seria suprida pela citação do Banco Finasa S/A, nada havendo a obstaculizar, então, a rescisão da avença, razão pela qual clamou pelo desprovimento do reclamo (fls. 133/136).

Recebido o recurso (fl. 139), foram os autos originalmente distribuídos ao Desembargador Raulino Jacó Brüning (fl. 140), vindo-me às mãos em razão do superveniente assento na Segunda Câmara de Direito Comercial.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

No caso em prélio, o Banco Finasa S/A objetiva cassar o julgado da Quarta Câmara de Direito Comercial, de lavra do Desembargador José Inácio Schaefer, mantendo intata a sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Camboriú, que julgou improcedentes os pedidos deduzidos por Osmar Teixeira nos autos da ação de Rescisão de Contrato nº 113.10.003267-4 (disponível em <<http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=350001IBI0000&processo.foro=113>> acesso nesta data), rechaçando, assim, a pretendida rescisão da avença firmada com a casa bancária.

Entendo que razão assiste ao banco embargante, sobretudo porque restou incontroverso nos autos que Osmar Teixeira deixou de previamente notificar-lhe acerca do seu interesse na rescisão do Contrato de Arrendamento Mercantil nº 4202000636-39/01 (fls. 12/18), desídia que contraria o disposto no *caput* do art. 473 do Código Civil, segundo o qual “a rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte” (grifei).

Doutrinando a respeito, Caio Mário da Silva Pereira esmiuça que:

[...] A vontade humana, declarada em conformidade com a ordem jurídica, é dotada de poder jurígeno, portadora da faculdade criadora deste ente negocial que é o contrato. E em seguida fixamos a sua força obrigatória. Uma vez perfeito, o contrato entra em fase de produção de efeitos, o primeiro dos quais é a instituição do nexa que vincula um ao outro contratante, e estabelece a necessidade de seu cumprimento - *pacta sunt servanda*.

Mas pode acontecer que, por motivos que variam ao sabor dos interesses das partes, ou das injunções ambientes, ocorra a hipótese de convir que se impeça a produção dos efeitos do contrato ainda não cumprido, ou não totalmente executado.

A liberação dos contratantes opera-se, então, por via da rescisão voluntária. Consiste na dissolução do vínculo contratual, mediante atuação da vontade que a criara [...].

Rescisão unilateral tem caráter de exceção. Um dos defeitos do princípio da obrigatoriedade do contrato é, precisamente, a alienação da liberdade dos contratantes, nenhum dos quais podendo romper o vínculo, em princípio, sem a anuência do outro [...]. Por isso é que o art. 473 do Código somente em casos excepcionais admite que um contrato cesse pela manifestação volitiva unilateral [...].

É preciso ter em vista que os efeitos da rescisão unilateral diferem dos da bilateral. Esta importa na extinção do contrato e de suas consequências, tendo por limites as conveniências das partes e os direitos de terceiros. Aquela, não obstante gerar a extinção da relação contratual, compadece-se com a extensão de efeitos do contrato atingido.

Por esse motivo é que o parágrafo único do art. 473 do Código determina que se, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos [...]. O critério legal é o de proporcionar à parte prejudicada pela rescisão unilateral a obtenção do objetivo previsto no contrato, de acordo com a natureza do contrato e dos investimentos realizados (Instituições de Direito Civil. Contratos. v. 3. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011. ps. 128/131).

Como visto, ainda que ao contratante seja assegurado o direito de rescindir unilateralmente a obrigação, mostra-se imprescindível que o faça mediante comunicação prévia à parte adversa, com isto evitando que esta seja surpreendida com o inesperado rompimento do ajuste, observando-se, assim, o princípio da boa-fé que deve reger as relações contratuais, impondo aos pactuantes, um dever de mútua colaboração, confiança e compromisso de lealdade, tal como ensina Vitor Borges da Silva em artigo doutrinário consentâneo ao caso:

[...] A variedade de elementos que compõem a relação jurídica obrigacional complexa e, notadamente, o caráter indeterminado de muitos daqueles, reclamam a aplicação de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, permitindo, como expressa Judith Martins Costa,

“[...] que integrem esta relação não apenas os fatores e circunstâncias que decorrem do modelo tipificado na lei ou os que nascem da declaração de vontade, mas, por igual, fatores extravoluntarísticos, atinentes à concreção de princípios e standards de cunho social e constitucional”.

Nesse passo, o redesenho da estrutura orgânica e finalística do liame obrigacional abre caminhos para a inauguração de um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais fundado exclusivamente no dogma da vontade, mas também na boa-fé objetiva.

A dinamicidade do vínculo e o intercâmbio de seus múltiplos elementos, atraídos e regidos pela finalidade, reclamam a atuação, a todo tempo, da boa-fé em sua função normativo-integrativa, vale dizer, na função em razão da qual se somam aos deveres principais e secundários outros que não foram ou não puderam ser contemplados pela lei ou pelas próprias partes, por força da incapacidade de se exaurir todas as hipóteses em que eles possam se manifestar.

Quer-se dizer que se toda relação obrigacional é orientada a uma finalidade específica, a boa-fé objetiva, determinando e conformando os deveres anexos de conduta, insere-se na contextualização dessa finalidade, manifestando-se seja para resguardá-la, seja para auxiliar sua persecução e, enfim, sua consecução.

Vigente no sistema jurídico brasileiro graças aos corolários da eticidade e solidarismo, e não simplesmente pela prescrição da cláusula geral no art. 422 do Código Civil brasileiro, a boa-fé objetiva informa os chamados deveres anexos de conduta, ajustando-os conforme a finalidade primordial da obrigação, a fim de se assegurar a apropriada satisfação do crédito, enfim, o bom prestar.

Os deveres anexos, também chamados de deveres de proteção ou de conduta, identificam-se como sendo aqueles deveres que devem ser adotados por contratantes honrados e leais. Recaem, como se vê, tanto sobre o sujeito ativo, quanto sobre o sujeito passivo da obrigação.

[...] Nessa vereda, constata-se que a boa-fé dilata as obrigações contratualmente assumidas, já que por meio dela, impõe-se, aos contraentes, o compromisso de fazer não apenas o prometido, mas tudo o que se revelar necessário para que o resultado do vínculo obrigacional seja vantajoso para ambas as partes.

Tais deveres fundam-se, no plano fático, no conjunto de fatos (ensejadores ou decorrentes) do acordo, independentemente do momento de formação deste, vale dizer, amparam-se no comportamento dos sujeitos da relação e no complexo de conjunturas abarcadas pelo vínculo.

Destaca-se que a incidência da boa-fé objetiva sobre o vínculo obrigacional ocorre de duas maneiras principais: a primeira guarda relação com aquela noção de correção (de *neminem laedere*), a qual se revela como deveres negativos de respeito e consideração pelos interesses alheios; a segunda, a seu turno, denota um sentido coativo, criando, para os contratantes, deveres positivos de cooperação, vale dizer, deveres laterais que ligam credor e devedor em uma “*ordem de cooperação*”, atuando no sentido de que eles deixem de ser antagonistas para se transformar em colaboradores. A cooperação engloba os deveres de confiança, de compromisso, de fidelidade, de lealdade e veracidade face à outra parte contratante [...] (A complexidade interna da relação jurídica obrigacional e a eficácia subversiva disponível em <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=4700&idAreaSel=2&seeArt=yes>> acesso nesta data).

Aliás, discorrendo acerca da boa-fé objetiva que deve reger os contratos, George Newton Cysne Frota Júnior e José Vander Tomaz Chaves aditam que:

[...] Exige das partes um comportamento correto, ético. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “*impõe um padrão de conduta reta, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum*”.

Difere da função social do contrato. Enquanto esta limita a autonomia de vontade para proteger a sociedade dos efeitos do contrato; a boa-fé objetiva analisa a conduta e os efeitos internos do contrato, referindo-se à eticidade da conduta das partes.

[...] A boa-fé incide diretamente nas condutas manifestadas pelas diversas fases do contrato, segundo o enunciado nº 25 da I Jornada de Direito Civil do CJF. A jurisprudência brasileira considera algumas regras limitadoras da autonomia da vontade que proíbem e punem abuso de posição jurídica. Algumas delas são: a) *suppressio*, perda de um direito pelo seu não exercício no tempo; b) *surrectio*, surgimento do direito pelo costume ou comportamento de uma das partes; c) *venire contra factum proprium*, proteção contra abuso de direito em contradição com comportamento assumido anteriormente; e *tu quoque*, exceção de contrato não cumprido.

São deveres anexos os que ultrapassam o cumprimento da prestação e derivam diretamente do princípio da boa-fé objetiva. A transgressão dos deveres anexos acarreta o que a doutrina moderna define *violação positiva* da obrigação ou do contrato.

A doutrina divide os deveres anexos em três grupos, a saber: a) *deveres de lealdade e cooperação* (não tomar proveito da outra parte, realizando contratos desproporcionais; afastar o negócio onde o credor ignora o estado de necessidade que aflige o seu devedor; protege a pessoa inexperiente no contrato realizado; desfaz o negócio cujo credor pretende exercitar seu direito de maneira abusiva; afasta o enriquecimento sem causa e protege a confiança depositada na relação contratual); b) *deveres de proteção, de sigilo ou de cuidado* (evita situações de perigo, exige sigilo em específicos negócios, presuppõe cautela de não prejudicar a outra parte); c) *deveres de informação ou esclarecimento* (informações de possíveis conseqüências do contrato; sobre o

uso do bem alienado; limites do exercício do bem alienado; clareza de informações) [...] (Boa-fé objetiva e o combate à lesão contratual. disponível em <http://www.faz7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/BOA-FE_OBJETIVA_NO_COMBATE_A_LESAO_CONTRATUAL.pdf> acesso nesta data).

E nem se diga que, por constar no Contrato de Arrendamento Mercantil nº 4202000636-39/01, a faculdade de o Banco Finasa S/A considerar antecipadamente vencido o pacto em caso de inadimplência, podendo, inclusive, exigir o pagamento de todas as prestações “*independente de aviso ou notificação*” (fl. 16), estaria o arrendatário, de igual modo, eximido do dever de notificar previamente o banco embargante acerca do seu desinteresse na continuidade da avença, visto que naquela situação, o pactuante tem ciência desde a assinatura do contrato, acerca dos efeitos decorrentes do descumprimento da obrigação (Cláusula 11.1 - fl. 16), ao passo que, na rescisão unilateral, não há como a parte adversa pressupor o desinteresse da outra na permanência do negócio, daí porque é exigido como requisito formal para a sua validade, a antecedente notificação do interessado - *in casu*, do arrendador -, circunstância que, tenho para mim, pode ser *ex officio* aferida pelo julgador, não configurando, assim, julgamento *extra petita*.

Inclusive, ao declarar seu voto divergente, bem frisou o Desembargador Substituto Altamiro de Oliveira, que:

[...] Para dissipar quaisquer dúvidas acerca do tema, frisa-se que a rescisão destina-se àquelas situações em que uma das partes não tem mais interesse em manter o contrato, seja por insatisfação com os seus resultados, seja por arrependimento em relação aos termos pactuados, ou mesmo por outros motivos que, na sua opinião, mereçam a extinção do vínculo contratual, como ocorreu no caso em exame (a diminuição da renda mensal em razão da mudança de emprego).

A rescisão, na verdade, é estendida a todos os contratos bilaterais, por decorrência do princípio da autonomia da vontade dos contratantes, o qual

não pode ficar elidido por cláusulas contratuais que, se existentes, serão tidas como nulas de pleno direito. Portanto, embora não seja a opção mais comum no caso específico dos contratos de *leasing*, a via da rescisão não deixa de existir, podendo ser exercida por qualquer das partes que entenda necessário.

[...] Não se olvida que a rescisão unilateral seja permitida ainda que não prevista expressamente no contrato ou em lei específica, pois decorre da vontade de uma das partes de não mais prosseguir com o negócio, independentemente de justificação. Todavia, bem se sabe que aquele que der causa ao fim do pacto, também deverá arcar com o ônus de indenizar o outro pelos prejuízos resultantes, de modo a reequilibrar a relação jurídica.

A par disso tudo, tem-se que o caso *sub examine*, [...] comporte pleito de rescisão unilateral, a qual é possível, mas [...] não pode ser operada, como bem explicou a sentença atacada, pois o autor deixou de notificar previamente a parte adversa, o que teve, então, o condão de impossibilitar o prosseguimento do feito ante a carência de ação (fls. 109/110).

Assim, não tendo por Osmar Teixeira sido observada a diligência estatuída no art. 473 do Código Civil, é de ser tida como impossível de se concretizar a pretendida rescisão unilateral do Contrato de Arrendamento Mercantil nº 4202000636-39/01, prevalecendo intata, por conseguinte, a sentença prolatada nos autos da ação de Rescisão de Contrato nº 113.10.003267-4, que julgou improcedente a pretensão exordial.

Ora, objetivando o acolhimento de seu pleito, ao autor embargado incumbia a prova do direito por si invocado, de maneira a permitir a formação da certeza jurídica indispensável a um juízo favorável à aspiração deduzida, sob pena de improcedência do pedido - a teor do disposto no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil -, ônus do qual, como se denota, não se desincumbiu.

Como bem apregoam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery,

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 consequência 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.

Por fim, brada o aludido doutrinador 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 conseguinte, 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).

Em sendo assim, resaindo que a parte adversa não pode ser surpreendida com a rescisão unilateral do pacto - ainda mais quando a contra-prestação vem sendo fielmente cumprida pelo arrendatário, não havendo qualquer motivo aparente para que desconfie do desinteresse daquele na continuidade da avença -, entendo ser impositiva a reforma do julgado prolatado na Apelação Cível nº 2012.028592-8, mantendo intato o entendimento lançado na ação de Rescisão de Contrato nº 113.10.003267-4, no sentido de que a rescisão contratual, em que pese admitida, não pode ser concretizada no caso em toureio, diante da ausência de pressuposto formal.

Inclusive, no julgamento de casos análogos, nossa Corte tem reiteradamente decidido, *mutatis mutandis* que:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. REJEIÇÃO NA ORIGEM. [...] COMPROVAÇÃO DA ALEGADA RESILIÇÃO UNILATERAL DE UM DOS PACTOS EXEQUENDOS QUE DEMANDARIA A JUNTADA DA NOTIFICAÇÃO EXPRESSA DA PARTE, DOCUMENTO ESTE NÃO ACOSTADO AO CADERNO PROCESSUAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 473 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO DESPROVIDO.

“*Os contratos devem ser extintos pela mesma forma que foram constituídos, não se admitindo a rescisão verbal de ajuste literal, máxime quando a parte desinteressada na continuidade da convenção não promove a notificação a que alude o art. 473 do Código Civil.*” (TJSC, Apelação Cível

n. 2011.065690-4, de Imbituba, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 15-08-2013) [...] (Apelação Cível nº 2013.075241-5, de Concórdia. Rel. Des. Subst. Eduardo Mattos Gallo Júnior. J. em 17/02/2014).

Bem como,

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL AJUIZADA PELO CONSUMIDOR. MAGISTRADA A QUO QUE AUTORIZA, EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, A DEVOLUÇÃO DO BEM AO BANCO E A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DAS PRESTAÇÕES VINCENDAS. INSURGÊNCIA DO ARRENDANTE. ARRENDATÁRIO QUE AO REALIZAR O PAGAMENTO DA 25ª PARCELA DA AVENÇA SURPREENDE-SE COM A COBRANÇA DAS PRESTAÇÕES SUBSEQUENTES COM ELEVAÇÃO DO VALOR EM DUAS VEZES A MAIOR DO QUE O INICIALMENTE CONTRATADO, O QUE LHE IMPOSSIBILITA DE CONTINUAR ARCANDO COM SUA OBRIGAÇÃO. DIREITO DE RESCINDIR A AVENÇA ANTES DO TÉRMINO DO PRAZO CONTRATUAL DESDE QUE HAJA PRÉVIA NOTIFICAÇÃO AO BANCO. HIPÓTESE CONTIDA NO ART. 473 DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DO VEÍCULO AO CREDOR E DE, COM A ENTREGA IMEDIATA DO AUTOMÓVEL, NÃO SER COBRADO PELAS PRESTAÇÕES VINCENDAS, UMA VEZ QUE NÃO MAIS SE TEM A LIQUIDEZ DA NEGOCIAÇÃO, DEVENDO-SE, PREVIAMENTE, PROMOVER O ABATIMENTO DE VALORES. SITUAÇÃO QUE NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA, PORQUANTO A DEMANDA É SUBMETIDA ÀS REGRAS DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 6º, V, DO CÓDIGO CONSUMERISTA. REQUISITOS AUTORIZADORES DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, CONSOANTE DEFERIDA NA ORIGEM, PLENAMENTE CONFIGURADOS. DECISUM ESCORREITO. RECURSO DESPROVIDO.

[...] É sabido que o contrato de *leasing* (arrendamento mercantil) possui a característica de oportunizar ao arrendatário, ao término do pacto, três opções: 1) a renovação do arrendamento; 2) a compra do bem; e 3) a devolução do bem.

No entanto, a rescisão se torna possível antes do encerramento do prazo contratual, desde que realizada a notificação extrajudicial do arrendante a fim

de informá-lo do seu interesse, nos termos do disposto no art. 473, caput, do Código Civil [...] (Agravo de Instrumento nº 2013.068877-0, de Balneário Camboriú. Rel. Des. Subst. Rosane Portella Wolff. J. em 10/07/2014 - grifei).

Donde o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não destoa:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESILIÇÃO UNILATERAL. AUSÊNCIA DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO

Verificado nos autos que a requerida rompeu unilateralmente o contrato de prestação de serviços entre as partes, [...] era impositivo que tivesse denunciado à outra parte tal intenção, por meio de notificação, nos termos do artigo 473 do Código Civil. Agir esperado em virtude da boa-fé objetiva que deve reger todo e qualquer contrato, mesmo em se tratando de avença verbal e a prazo indeterminado. [...] (Apelação Cível nº 70045388493, de Dois Irmãos. Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz. J. em 15/12/2011).

Dessarte, pronuncio-me pelo conhecimento e provimento da insurgência, reformando o aresto promulgado na Apelação Cível nº 2012.028592-8, conseqüentemente mantendo hígida a sentença prolatada na ação de Rescisão de Contrato nº 113.10.003267-4.

É como penso. É como voto.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. José Inacio Schaefer

Ementa Aditiva

ARRENDAMENTO MERCANTIL. Rescisão do contrato. Possibilidade. Redução nos rendimentos do consumidor. Impossibilidade de arcar com as parcelas vincendas. Motivação relevante. Boa-fé evidenciada. Notificação extrajudicial. Desnecessidade. Acesso à justiça. Direito fundamental. Prejuízo à instituição financeira indemonstrado. Embargos infringentes desprovidos.

Dissenti da maioria pelos mesmos fundamentos constantes do acórdão recorrido, onde funcionei como Relator, em especial ante a natureza do contrato e o motivo da rescisão - redução nos rendimentos do consumidor.

A boa-fé deste é evidente, pois optou por ingressar em juízo para encerrar o ajuste, devolver o veículo e evitar o inadimplemento em vez de notificar extrajudicialmente a instituição financeira e aguardar manifestação desta. Ora, tudo indica que resistiria ao pedido do consumidor, alegando prejuízo, como fez na contestação e nos presentes embargos.

Acresce lembrar que o acesso à justiça é direito fundamental e que o contraditório e a ampla defesa foram assegurados ao banco (art. 5º, XXXV e LV da Constituição Federal).

De reiterar, ainda, terem transcorridos mais de seis meses entre a citação e a sentença, além de ausente pedido liminar ou de antecipação de tutela. Assim, o argumento de que a embargante foi surpreendida não prospera.

Ademais, o arrendamento em causa possui cláusulas abusivas, notadamente porque subtraiu do consumidor a opção de reembolso de quantias pagas e o colocou em desvantagem exagerada, a teor do artigo 51, incisos II e IV, da Lei n. 8.078/90.

Por oportuno, o total adimplido pelo autor ultrapassa a metade do valor do veículo. Com a venda deste o banco poderá obter quantia proporcional àquela que lhe competiria caso a devolução ocorresse somente ao final do contrato.

Por tais razões, o reclamo improspera.

É como voto.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2014

José Inacio Schaefer
Desembargador

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Apelação Cível n. 2012.041769-7/0001.00, de São Francisco do Sul

Relator: Des. Gaspar Rubick

AGRAVO INOMINADO (§ 1º ART. 557 DO CPC) EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE C/C PEDIDO LIMINAR. DECISÃO UNIPESSOAL QUE DETERMINOU A DEVOLUÇÃO DO VALOR RESIDUAL GARANTIDO (VRG) PAGO ANTECIPADAMENTE PELO ARRENDATÁRIO, CONFIRMADA POR ESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO. RESTITUIÇÃO DEVIDA SOMENTE QUANDO O PRODUTO DA SOMA DO VRG QUITADO COM O VALOR DA VENDA DO BEM FOR MAIOR QUE O TOTAL PACTUADO COMO VRG NA CONTRATAÇÃO, CASO EM QUE SERÁ DIREITO DO ARRENDATÁRIO RECEBER A DIFERENÇA APENAS. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STJ EM RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP N. 1.099.212/RJ). APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 543-C, § 7º, II, DO CPC. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

A Segunda Seção do egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.099.212/RJ, representativo da controvérsia relativa à obrigação do arrendador devolver as quantias pagas antecipadamente a título de Valor Residual Garantido – VRG, nos casos em que o produto objeto do leasing for apreendido (Tema 500), sedimentou o seguinte entendimento, *in verbis*:

“RECURSO ESPECIAL. REPETITIVO. RITO DO ART. 543-c DO CPC. ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEASING. INADIMPLENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. VALOR RESIDUAL GARANTIDOR (VRG). FORMA DE DEVOLUÇÃO.

1. Para os efeitos do artigo 543-C do CPC:”Nas ações de reintegração de posse motivadas por inadimplemento de arrendamento mercantil financeiro, quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem

for maior que o total pactuado com VRG na contratação, será direito do arrendatário receber a diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos contratuais” (2ª Seção, REsp 1.099.212/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, rel. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 27.2.2013).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Apelação Cível n. 2012.041769-7/0001.00, da comarca de São Francisco do Sul (2ª Vara Cível), em que é agravante Banco Volkswagen S/A, e agravado Nilton Gonçalves de Almeida:

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, à unanimidade, em sede de juízo de retratação, dar provimento à apelação da arrendante para que seja permitida a devolução do VRG ao arrendatário quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado como VRG na contratação. Custas legais.

O julgamento, realizado em 14 de agosto de 2014, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Subs. Janice Goulart Garcia Ubialli.

Florianópolis, 14 de agosto de 2014.

Gaspar Rubick
RELATOR

RELATÓRIO

A 3ª Vice-Presidência desta Corte determinou, por força do art. 543-C, §7º, II, do CPC, o retorno dos presentes autos a esta Câmara a fim de possibilitar eventual retratação de juízo, pois o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.099.212/RJ, firmou a orientação de que nas ações de reintegração de posse motivadas por inadimplemento de arrendamento

mercantil financeiro e apreendido o produto objeto do leasing (Tema 500), a devolução do VRG deve obedecer a forma explicitada no julgamento do repetitivo acima, ou seja, quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado como VRG na contratação, será direito do arrendatário receber a diferença apenas.

É a síntese do necessário.

VOTO

O recurso é provido, uma vez que a decisão unipessoal de fls. 72/77, confirmada por esta Primeira Câmara de Direito Comercial pelo acórdão de fls. 100/102, determinou a devolução integral do Valor Residual Garantido (VRG), ao entendimento que havendo a rescisão contratual prematura nos contratos de arrendamento mercantil e determinada a reintegração definitiva na posse do bem objeto do leasing, quando o arrendatário não contestar a ação, é possível a restituição de valores pagos a título de VRG ao mesmo, sob pena de enriquecimento ilícito da arrendadora.

Ora, inicialmente, cumpre esclarecer que o contrato de arrendamento mercantil possui natureza e características especiais onde o arrendatário firma um contrato de financiamento com o arrendador, mediante o pagamento de um valor determinado, usufrui do bem financiado e, ao final do contrato, tem as opções de comprar o bem ou devolvê-lo à empresa de *leasing*.

Pois bem, a Segunda Seção do egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.099.212/RJ, representativo da controvérsia relativa à obrigação do arrendador devolver as quantias pagas antecipadamente a título de Valor Residual Garantido – VRG, nos casos em que o produto objeto do leasing for apreendido (Tema 500), sedimentou o seguinte entendimento, *in verbis*:

“RECURSO ESPECIAL. REPETITIVO. RITO DO ART. 543-c DO CPC. ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEASING. INADIMPLEMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. VALOR RESIDUAL GARANTIDOR (VRG). FORMA DE DEVOLUÇÃO.

Para os efeitos do artigo 543-C do CPC:”Nas ações de reintegração de posse motivadas por inadimplemento de arrendamento mercantil financeiro, quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado com VRG na contratação, será direito do arrendatário receber a diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos contratuais” (2ª Seção, REsp 1.099.212/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, rel. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 27.2.2013).

Destaca-se, ainda, que em outro aresto “o Ministro Raul Araújo explicitou as consequências em caso análogo dizendo que: ‘com a resolução do contrato de arrendamento mercantil por inadimplemento do arrendatário e a consequente reintegração do bem na posse da arrendadora, é devido o cumprimento das parcelas vencidas e não pagas até a efetiva entrega do bem pelo arrendatário, ressalvada a devolução ou compensação dos valores pagos antecipadamente a título de VRG. 2. Reintegrado o bem na posse da arrendadora, é legítimo o pleito de devolução do Valor Residual Garantido, sob pena de enriquecimento sem causa da instituição financeira arrendante’ (AgRg no AREsp 207.267/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 28/03/2014)” (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Apelação Cível n. 2010.083799-6, rela. Des. Subs. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 10/07/2014).

Assim sendo, denota-se que se o bem móvel objeto do leasing for apreendido, deve ser aplicado o entendimento acima com a consequente devolução do VRG, entretanto, esta deve obedecer a forma explicitada no julgamento alhures transcrito, ou seja, quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado como VRG na contratação, será direito do arrendatário receber a diferença apenas.

Nesta senda, por consequência, modifica-se a decisão unipessoal para permitir a restituição dos valores pagos a título de VRG ao arrendatário, nos moldes do atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Isto posto, em sede de juízo de retratação (inciso II do § 7º do art. 543-C do CPC), vota-se para adequar o decidido no agravo de fls. 100/102, quanto à possibilidade da devolução do VRG de forma integral, posto que contraria o entendimento esposado no representativo da controvérsia.

Transcorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos conclusos à 3ª Vice-Presidência, conforme disposto no art. 5º da Resolução n. 42/2008-TJ.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento n. 2012.071603-8, de Joinville

Relator: Desembargador Robson Luz Varella

AGRAVO DE INSTRUMENTO – FALÊNCIA – PEDIDO DE EXTINÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, FORMULADO BEM DEPOIS DA DECRETAÇÃO DA QUEBRA, FUNDAMENTADO NA AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO HÁBIL AO PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO FALIMENTAR DIANTE DA FALTA DE CREDORES HABILITADOS – INDEFERIMENTO DO PLEITO PELO JUÍZO “A QUO” MOTIVADO NO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE DECRETOU A QUEBRA – MANUTENÇÃO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA POR FUNDAMENTO DIVERSO – INEXISTÊNCIA DE PEDIDO DE HABILITAÇÃO DE CRÉDITO, NEM SEQUER DO AUTOR – FATO QUE NÃO É IMPEDITIVO AO PROSSEGUIMENTO DA FALÊNCIA – DIPLOMA JURÍDICO DE REGÊNCIA QUE ADMITE A HABILITAÇÃO DO CRÉDITO RETARDATÁRIO ATÉ O ENCERRAMENTO DO PROCESSO FALITÁRIO – EXEGESE DOS ARTS. 80, 82 E 98 DO DECRETO-LEI N. 7.661/1945 – HIPÓTESE DOS AUTOS EM QUE O PROCEDIMENTO FALIMENTAR AINDA NÃO SE DEU POR ENCERRADO – ADEMAIS, CASO EM QUE O FEITO SE ESTENDEU POR LONGOS ANOS DEVIDO A INÚMERAS IRREGULARIDADES QUE DESENCADAEARAM O RECONHECIMENTO DE ABUSO DE PERSONALIDADE, MOTIVANDO A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA RECORRENTE E A RESPONSABILIZAÇÃO DE SEU SÓCIO GERENTE – RECURSO DESPROVIDO.

Sobre a verificação de créditos no processo falimentar, estabelecem os arts. 80 e 82 da Lei Falimentar que os credores devem habilitar-se dentro do prazo assinalado na sentença declaratória da quebra - que pode variar de 10 (dez) a 20 (vinte) dias -, apresentando, em cartório, a declaração de seu crédito.

Não obstante, o credor que não se habilitou no prazo fixado pela sentença declaratória da falência pode habilitar-se extemporaneamente (art. 98 da lei de Quebras).

Nesse caso, a doutrina e a jurisprudência manifestam-se no sentido de que “a habilitação de crédito pode ser promovida a qualquer tempo no interregno que transcorre entre a decretação da quebra do devedor e o encerramento do processo falitário” (Apelação Cível n. 2005.026583-8, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 6/10/2005).

Diante desse quadro, a existência de um único credor que não tenha tempestivamente habilitado o seu crédito não justifica, por si só, a impossibilidade de prosseguimento do processo falitário, considerando que, pelo diploma jurídico de regência, a habilitação do crédito retardatário é admitida até o encerramento do processo de falência.

Portanto, no caso destes autos, o fato de não ter ocorrido pedido de habilitação de crédito, nem mesmo do requerente, no prazo fixado pela sentença declaratória da falência, não inviabiliza o prosseguimento da falência, especialmente porque o pedido de habilitação pode ser promovido retardatariamente, ou melhor dizendo, pode ser efetivado até a sentença de encerramento do processo de falência, a qual não foi proferida nos presentes autos até o momento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2012.071603-8, da comarca de Joinville (7ª Vara Cível), em que é agravante Comércio e Representações Agulhas Negras Ltda., e agravado Inferagro - Agropecuária, Representações e Comércio de Retalhos de Madeiras Ltda.:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Luiz Fernando Boller com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Dinart Francisco Machado.

Florianópolis, 22 de julho de 2014.

Robson Luz Varella
RELATOR

RELATÓRIO

Comércio e Representações Agulhas Negras Ltda. interpôs recurso de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que, no pedido de falência n. 038.96.007555-0 ajuizado por Inferagro - Agropecuária, Representações e Comércio de Retalhos de Madeiras Ltda., indeferiu pleito de extinção da ação, sem resolução de mérito, ainda que inexistentes credores habilitados, determinando o prosseguimento do feito, nos seguintes termos:

1) Indefiro o pedido de fls. 486/490, porque a falência já foi decretada, por decisão transitada em julgado. As questões ali suscitadas pela falida estão cobertas pelo manto da preclusão. Já foram todas superadas. 2) O egrégio TJSC, em Agravo de Instrumento, manteve a decisão de fls. 405/409, em seus exatos termos (segue o Acórdão para ser juntado aos autos). 3) Anote-se no RENAJUD restrição à transferência de veículos em nome da empresa falida e de seu sócio-gerente (fl. 409). 4) Embora a falência tenha sido decretada há bastante tempo: em outubro de 1995, só em setembro de 2010 (decisão de fls. 405/409) a demanda voltou-se contra o sócio-gerente, CROMÁCIO JOSÉ DA ROSA. Até a data da desconsideração da personalidade jurídica da falida, o patrimônio do sócio estava livre das dívidas contraídas em nome da empresa. Por isso, os bens do sócio transferidos a terceiros antes da decisão de fls. 405/409 não podem ser arrecadados nesta falência. Ante o exposto, revogo a decisão de fl. 409 em relação aos imóveis de matrículas n. 46.303 e 46.399 (fls. 429/434), posteriormente alteradas para n. 120.540, 101.468 e 101.469 (fls. 474/475). Mantenho a arrecadação do imóvel de matrícula n. 7931. Oficie-se ao Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca (fls. 474/475), determinando a liberação dos imóveis de matrículas n. 120.540, 101.468 e 101.469. Encaminhe-se cópia desta decisão. Oficie-se também ao Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca, requisitando informações sobre outros bens imóveis registrados em nome da falida ou de seu sócio-gerente (fl. 409), no prazo de dez dias. 5) Expeça-se mandado de avaliação do imóvel de matrícula n. 7931, às expensas da requerente. Com o laudo, intimem-se as partes para se pronunciarem no prazo sucessivo de dez dias. 6) Após, ao Ministério Público (fls. 498/499).

Em suas razões de insurgência, sustentou a empresa agravante que, após a decretação da falência, não se confirmou o real fundamento para o requerimento do pleito falimentar, qual seja, a indispensável caracterização do estado de insolvência da empresa, considerando que inexistente a habilitação de qualquer credor, a significar a ausência dos necessários requisitos para o prosseguimento da demanda que, segundo afirmou, foi utilizada com o propósito de cobrança da suposta dívida alegada pela agravada, em desvirtuamento de sua finalidade. Pugnou pelo deferimento do efeito suspensivo e, ao final, pela reforma integral da decisão recorrida (fls. 2/12). Instruiu a peça de irrisignação com os documentos de fls. 13/519.

O relator originário indeferiu o almejado efeito suspensivo (fls. 522/523).

Intimada, a agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo para a apresentação das contrarrazões (fl. 527).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Alexandre Herculano Abreu, que deixou de se manifestar, sob o fundamento de que o presente feito não está “dentro das atribuições constitucionais deste Órgão Ministerial” (fl. 532).

Após, vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Insurge-se a agravante contra interlocutória que, nos autos do processo de falência, julgou improcedente o seu pedido de extinção da demanda, sem resolução de mérito, determinando o prosseguimento do feito até ulteriores termos. Defendeu, em síntese, a inexistência de pressuposto hábil ao prosseguimento do processo de falência, sob o argumento de que, após a decretação da quebra, não se confirmou o real fundamento para o requerimento do pleito falimentar, qual seja, a indispensável caracterização do estado de insolvência da empresa requerida,

uma vez que inexistente a habilitação de qualquer credor, acrescentando que a demanda foi utilizada apenas com o propósito de cobrar suposta dívida alegada pela agravada, desvirtuando-se de sua finalidade.

Entende-se, todavia, que a decisão agravada merece manutenção, embora por fundamento diverso.

Da lição de Fábio Ulhoa Coelho (Curso de Direito Comercial. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 312) extrai-se que o processo de falência se desdobra em três fases. A primeira, conhecida como pré-falimentar, inicia-se com a petição inicial de pedido de falência e conclui-se com a sentença declaratória ou denegatória de quebra. A segunda etapa é o processo falimentar propriamente dito, inaugurada pela sentença declaratória e concluída com a sentença de encerramento da falência. A terceira etapa, conhecida como pós falimentar, é a reabilitação dos representantes legais da sociedade falida, na hipótese de condenação por crime falimentar.

Dessarte, a decretação da falência é condição de abertura do processo falimentar. Esta etapa se divide em: a) fase cognitiva, que visa o conhecimento do ativo e passivo do credor e a investigação da prática de crime falimentar; e, b) fase satisfativa, chamada de liquidação, que visa a realização do ativo apurado e o pagamento do passivo admitido (Coelho, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 315/316).

O conhecimento judicial da extensão do passivo da sociedade empresária falida faz parte, portanto, da primeira fase da segunda etapa do processo falimentar, e envolve, dentre outras medidas, as declarações, habilitações e impugnações de crédito, cujos procedimentos se encontram previstos no art. 80 e seguintes do Decreto-Lei 7.661/1945.

Especificamente sobre a verificação de créditos no processo falimentar, também denominada de habilitação, estabelecem os arts. 80 e 82 da Lei Falimentar:

Art. 80. Na sentença declaratória da falência, o juiz marcará o prazo de dez dias, no mínimo, e de vinte, no máximo, conforme a importância da falência e os interesses nela envolvidos, para os credores apresentarem as declarações e documentos justificativos dos seus créditos.

Art. 82. Dentro do prazo marcado pelo juiz, os credores comerciais e civis do falido e, em se tratando de sociedade, os particulares dos sócios solidariamente responsáveis, são obrigados a apresentar, em cartório, declarações por escrito, em duas vias, com a firma reconhecida na primeira, que mencionem as suas residências ou as dos seus representantes ou procuradores no lugar da falência, a importância exata do crédito, a sua origem, a classificação que, por direito, lhes cabe, as garantias que lhes tiverem sido dadas, e as respectivas datas, e que especifique, minuciosamente, os bens e títulos do falido em seu poder, os pagamentos recebidos por conta e o saldo definitivo na data da declaração da falência, observando-se o disposto no art. 25.

Vê-se, pois, que os credores devem habilitar-se no processo falimentar dentro do prazo assinalado na sentença declaratória da quebra - que pode variar de 10 (dez) a 20 (vinte) dias -, apresentando, em cartório, a declaração de ser crédito.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “até mesmo o credor que requereu a falência está obrigado a habilitar-se, devendo pedir o desentranhamento dos documentos relativos a seu crédito, com os quais instruiu a petição inicial do pedido de falência, para reapresentá-los ao mesmo juiz, agora capeados pela habilitação” (Curso de Direito Comercial. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 322), considerando que todos os créditos devem passar pelo exame do síndico, do Ministério Público e dos demais credores como medida indispensável à definição do passivo do falido.

Não obstante, é consabido que o credor que não se habilitou no prazo fixado pela sentença declaratória da falência pode habilitar-se extemporaneamente.

É o que dispõe o “caput” do art. 98 da Lei de Quebras, “in verbis”: “O credor que se não habilitar no prazo determinado pelo juiz, pode

declarar o seu crédito por petição em que atenderá às exigências do artigo 82, instruindo-a com os documentos referidos no parágrafo 1º do mesmo artigo”.

Em comentários a respeito, ensinam Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues Netto:

Ultrapassado o prazo para habilitações de crédito, poderá o credor apresentar, até o encerramento da falência, habilitação retardatária, mediante petição com os requisitos do art. 82, instruída com toda a documentação explicitada no § 1º do mesmo artigo (Falências e concordatas. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 575).

E ressaltou Manoel Justino Bezerra Filho: “A lei não estabelece limite temporal para a habilitação retardatária, de tal forma que, em tese, até o momento da extinção da falência, é possível receber habilitações” (Lei de falências comentada. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 325).

Discorrendo, ainda que de outro modo, acerca da temática, o doutrinador Rubens Requião destacou:

Sustentamos que a pluralidade de credores não constitui pressuposto necessário para a declaração da falência. Ao receber o juiz o pedido de falência do devedor, apresentado pelo credor, não lhe é dado indagar, no processo pré-falencial que se instaura, o número de credores existentes. Por outro lado, **não é conclusiva a verificação da existência de vários credores por ocasião do encerramento do prazo de declarações de créditos fixado na sentença pelo juiz, pois a Lei de Falências admite a apresentação de credores retardatários até o encerramento da falência** (sem grifos no original - Curso de Direito Falimentar. v. I. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 38).

Nesses termos, é possível concluir-se, até aqui, que a existência de um único credor que não tenha tempestivamente habilitado o seu crédito não justifica, por si só, a impossibilidade de prosseguimento do processo falitário, considerando que, pelo diploma jurídico de regência, a habilitação do crédito retardatário é admitida até o encerramento do

processo de falência, que procede nos moldes do art. 132 do Decreto-Lei 7.661/1945, “in verbis”:

Art. 132. Apresentado o relatório final, deverá o juiz encerrar, por sentenças, o processo da falência.

1º Salvo caso de força maior, devidamente provado, o processo da falência deverá estar encerrado dois anos depois do dia da declaração.

2º A sentença de encerramento será publicada por edital e dela caberá apelação.

3º Encerrada a falência, os livros do falido serão entregues a este, subsistindo, quanto à sua conservação e guarda, as obrigações decorrentes das leis em vigor. Pendente, porém, ação penal por crime falimentar, os livros ficarão em cartório até que passe em julgado a respectiva sentença.

Miranda Valverde (Comentários à Lei de Falências. v. III. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 82/83) ensina que o processo falimentar encerra-se: a) pela inexistência de bens a serem arrecadados, ou se arrecadados forem insuficientes para as despesas do processo (art. 75 do Decreto-Lei 7.661/1945); b) com a realização de todo o ativo e distribuição de seu produto aos credores; c) com a sentença declaratória de extinção das obrigações do falido (art. 137, § 3º, do Decreto-Lei 7.661/1945); d) com a sentença que der por cumprida a concordata suspensiva (art. 155, § 5º, do Decreto-Lei 7.661/1945).

Pois bem. Da situação fática em discussão, importa consignar, no que mais releva, que Inferagro - Agropecuária, Representações e Comércio de Retalhos de Madeiras Ltda. ajuizou pedido de falência em desfavor de Comércio e Representações Agulhas Negras Ltda., na data de 27/9/1993, no qual alegou ser credora do valor de Cr\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de cruzeiros) representado por uma duplicata vencida em 12/10/1991 e não paga.

Em 13/10/1993, o processo foi extinto, sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, inc. IV, da Lei Processual Civil, em razão do reco-

nhecimento da irregularidade do protesto, decisão, entretanto, reformada em sede recursal, conforme ementa a seguir reproduzida:

FALÊNCIA - EXTINÇÃO DO PROCESSO PORQUE NÃO CARACTERIZADA A IMPONTUALIDADE DA DEVEDORA, DÊS QUE IRREGULAR O INSTRUMENTO DE PROTESTO, QUE NÃO CONTÉM O NOME DA PESSOA QUE RECEBEU A INTIMAÇÃO - IMPONTUALIDADE COMPROVADA NO CASO, POIS, A DEVEDORA DEMONSTROU INEQUÍVOCO CONHECIMENTO DO PROTESTO, AO AFORAR AS AÇÕES CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DO PROTESTO E PRINCIPAL DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DO DÉBITO, QUE FORAM JULGADAS IMPROCEDENTES - ÓBICE PROCESSUAL AFASTADO - RECURSO PROVIDO (Apelação Cível n. 1988.073965-9, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 30/8/1994).

Baixados os autos, determinou-se a intimação da requerente/agravada para dar cumprimento ao art. 9º, inc. III, da Lei Falimentar, o que restou atendido.

Na data de 19/10/1995, foi decretada a falência da empresa Comércio e Representações Agulhas Negras Ltda., com amparo no art. 1º, no art. 9º, inc. III, alínea “a”, e no art. 11, da Lei de Falências (Decreto-lei 7.661/1945) e, por consequência: fixou-se o termo legal da quebra em 60 (sessenta) dias anteriores ao protesto por falta de pagamento; nomeou-se síndico; fixou-se o prazo de 20 (vinte) dias para que os credores apresentassem declarações e documentos justificativos de seus créditos; determinou-se o cumprimento do art. 34 da lei Falimentar, sob pena de prisão civil; declarou-se a aplicação dos efeitos do art. 25 do Decreto-lei 7.661/1945; determinou-se o lacre do estabelecimento comercial da falida; determinou-se a publicação de editais (fls. 133/136).

Mais adiante (8/10/1998), a falida atravessou petição para dizer que não poderia apresentar a relação de credores, por inexistirem (fl. 254).

Do caderno processual não se acha, até este ponto, a habilitação de credor para figurar na falência.

Na data de 6/10/1999, os autos foram encaminhados para o Ministério Público, que opinou pela necessidade de a falida assinar termo de comparecimento e prestar informações; ser marcada audiência a fim de se esclarecer as causas da falência; o síndico diligenciar no sentido de arrecadar bens do falido (fls. 259/263).

O feito deu prosseguimento, sendo que, em 22/3/2005, foi realizada audiência, onde ficou consignado:

Aberta a audiência, presentes o síndico e o procurador judicial da autora. **Pelo patrono da requerente restou consignado:** “MM. Juiz: Está mais do que evidenciado que a falida está escarnecendo da Justiça, eis que com manobras protelatorias faz o feito arrastar-se desde 1993. **No depoimento pessoal de fls. 307 o representante da falida mentiu de forma escandalosa, diz “que a falida tinha endereço à rua Capão Bonito”, quando a alteração contratual de fls. 295, juntada a pedido do M.P., demonstra que referida empresa mudou para rua Monsenhor Gercino, n.º 3.180, em 10/05/1991. Agora não se preocupou em fornecer o endereço das partes a tempo e modo para possibilitar o esclarecimento das dúvidas do Juiz, o que evidencia a sua má-fé.** Assim, requer que as providências já determinadas pelo digno representante do Ministério Público sejam cumpridas integralmente. Determinou o MM. Juiz fossem os autos conclusos ao Ministério Público. Publicado em audiência. Presentes intimados. Nada mais. [...] (sem grifos no original - fl. 322).

Aos 16/11/2005, a falida propôs acordo (fls. 328/330), do qual discordou a parte adversa (fls. 331/333).

Após juntada de vários documentos, em parecer Ministerial da Procuradoria de 18/4/2007 foram requeridas diligências com o intuito de averiguar-se a ocorrência de fraude na gestão da sociedade falida (fl. 380).

Ao analisar a manifestação da falida, a resposta encaminhada pela Receita Federal e as informações prestadas pelo síndico, pronunciou-se o Ministério Público pela desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida (fls. 397/402).

Referido fundamento foi acolhido pelo Magistrado de Primeiro Grau, que responsabilizou o sócio da falida pelo pagamento de dívidas da sociedade (fls. 403/407). Veja-se:

Acolhe-se, na íntegra, a judiciosa manifestação do Ministério Público acima transcrita para, **DECRETO a desconsideração da pessoa jurídica de “Comércio e Representações de Madeiras Agulhas Negras Ltda.” e RESPONSABILIZO seu sócio-gerente, CROMÁCIO JOSÉ DA ROSA**, CPF nº 005.334.089-20, pelo pagamento dos créditos habilitados nos autos deste processo falimentar com a consequente ordem de penhora dos bens pessoais arrecadando-se, desde logo, os imóveis matriculados sob nºs 46.303; 46.399 e 7931 junto ao Cartório do registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Joinville. Expeça-se ofício para fins de registro da constrição judicial imóvel arrecadado em processo falimentar . Cumpra-se. I-se (sem grifos no original).

Empós, extrai-se do feito que o sócio da falida peticionou para alegar a indisponibilidade dos bens penhorados e para requerer a constrição no rosto de autos diversos (Execução n. 038.96.010870-9) cujo valor se diz credor (fls. 423/434). Também, junto com a empresa falida, interpôs agravo de instrumento, defendendo, dentre outras teses, a retirada do sócio três meses antes da decretação da quebra; todavia, o recurso foi reconhecido intempestivo:

PROCESSO FALIMENTAR. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO DE ANTIGO SÓCIO PELOS DÉBITOS DA FALIDA. FALTA DE LEGITIMIDADE DESTA PARA RECORRER DE DECISÃO QUE NÃO A PREJUDICA. CONFLITO DE INTERESSES. AUSÊNCIA, NO INSTRUMENTO RECURSAL, DE PROCURAÇÃO JUDICIAL DO AGRAVANTE EX-SÓCIO E DE SUA INTIMAÇÃO ACERCA DO INTERLOCUTÓRIO ATACADO. RECURSO NÃO CONHECIDO (Agravo de Instrumento n. 2011.004174-9, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. em 7/2/2012).

A requerente, ora agravada, em petitório datado de 17/2/2011 (fls. 454/457) apresentou cálculo atualizado da dívida no valor de R\$ 118.690,60 (cento e dezoito mil seiscentos e noventa reais e sessenta centavos).

Consta do feito que, após efetivação da arrecadação de bens imóveis, a empresa falida apresentou o pleito de fls. 490/496, que foi indeferido pela decisão ora recorrida.

Sendo este o relato do necessário, tem-se que, de fato, na espécie, iniciado o processo de falência, até o momento, não se constata a existência de pedido de habilitação de crédito no prazo determinado pela sentença.

Com efeito, transcorrido o prazo de 20 (vinte) dias para as habilitações de crédito, ninguém se habilitou, nem mesmo a requerente do pedido da quebra da empresa Comércio e Representações Agulhas Negras Ltda. providenciou a habilitação de seu crédito.

Vale esclarecer que a petição inicial de pedido de falência não se confunde com o requerimento de habilitação de crédito na quebra posteriormente decretada.

Ocorre que, no caso destes autos, o fato de não ter ocorrido pedido de habilitação de crédito, nem mesmo da requerente, no prazo fixado pela sentença declaratória da quebra, não inviabiliza o prosseguimento da falência, especialmente porque, conforme suso mencionado, o pedido de habilitação pode ser promovido retardatariamente, ou melhor dizendo, pode ser efetivado até a sentença de encerramento do processo de falência, a qual não foi proferida nos presentes autos até o momento.

A propósito, colhe-se da jurisprudência desta Corte de Justiça o precedente a seguir:

A habilitação de crédito pode ser promovida a qualquer tempo no interregno que transcorre entre a decretação da quebra do devedor e o encerramento do processo falitário. Apenas e somente, uma vez escoado o prazo determinado pelo condutor do processo, a habilitação será considerada retardatária, nos termos do art. 98 do Diploma de Quebras, sancionando a lei o retardamento havido exclusivamente com a perda do direito do habilitante ao recebimento dos rateios já distribuídos (Apelação Cível n. 2005.026583-8, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 6/10/2005).

Logo, não há acolher a tese da agravante de que inexistente pressuposto hábil ao prosseguimento do processo de falência.

Acrescenta-se que, na hipótese telada, o processo falimentar já se encontra em estágio avançado, “tendo o feito se estendido por longos anos devido a inúmeras irregularidades que desencadearam o reconhecimento de abuso de personalidade, motivo pelo qual foi decretada a desconsideração da personalidade jurídica da agravante e a responsabilização de seu sócio gerente Cromácio José da Rosa” (fl. 523), conforme bem observado pela Exma. Des. Rosane Portella Wolff quando da análise do efeito suspensivo.

Inclusive, em consulta ao Sistema de Automação do Judiciário (SAJ), observa-se que, em cumprimento ao mandado n. 038.2014/677715-4, já foi realizada, pelo Sr. Oficial de Justiça, a avaliação do bem imóvel arrecadado (um terreno fazendo frente com 30,00 metros no lado par da rua, tendo de fundos em ambos os lados 30,00 metros, limitando-se do lado direito com a rua São Borja e do lado esquerdo com terras de José Vitorino, travessão dos fundos com 30,00 metros com terras de Avelino Dierl, contendo área total de 900,00 metros quadrados).

Por outro lado, vislumbra-se que a requerida/agravante foi constituída em impontualidade, ante o protesto do título (duplicata) carreado à exordial, não tendo apresentado relevante razão de direito para justificar a falta de pagamento, demonstrando seu estado de insolvência, caracterizando, assim, a precariedade financeira da empresa a ensejar a decretação da quebra.

Tais circunstâncias sugerem que, no caso dos autos, a interpretação literal da lei cede espaço à realização do justo, de modo que o reconhecimento do desvirtuamento do instituto falimentar premiaria um preciosismo exacerbado às formalidades legais, afastando-se da desejável concretização da justiça.

Nessa linha, traz-se à colação ensinamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Privilegiando a justiça, que é a aspiração mais importante da humanidade, Eduardo Couture, notável jurista uruguaio, sugeriu que diante do caso concreto o juiz deve, primeiro, intuir o justo para, então, buscar o direito positivo aplicável a ele. Que o encontrando, deve aplicá-lo; não o encontrando, deve realizar o justo, não por desrespeito à lei, mas por respeito à ordem sócio-jurídica, naturalmente regada pelos princípios fundamentais - éticos - do direito (Agravo de Instrumento n. 363.083-4/0, rel. Des. Carlos Stroppa, j. em 15/12/2005).

Por essas razões, outra solução não há senão a manutenção da decisão agravada.

Diante do exposto, vota-se no sentido de negar provimento ao recurso.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2012.089162-8, de Turvo

Relator: Des. Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR OFENSA AO BOM NOME DE EMPRESA EM SUAS ATIVIDADES MERCANTIS NA PRAÇA. INSCRIÇÃO DO NOME DA AUTORA NO CADASTRO RESTRITIVO DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO.

AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA MADEIREIRA REQUERIDA ACERCA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA PARTE ADVERSA. OMISSÃO QUE JUSTIFICARIA A CASSAÇÃO DA DECISÃO QUE ACRESCEU À SENTENÇA, DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DO DÉBITO.

MATÉRIA QUE, TODAVIA, INTEGRA A EXPOSIÇÃO ARGUMENTATIVA DO APELO. REAPRECIÇÃO DA QUESTÃO PELO TRIBUNAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DESNECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO DA NULIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

LEGALIDADE DO MALSINADO APONTE, CALCADA NO ARGUMENTO DE QUE A POSTULANTE TERIA ADQUIRIDO MATÉRIA-PRIMA PARA UTILIZAÇÃO NA CONSTRUÇÃO CIVIL. SUBSTRATO PROBATÓRIO, ENTRETANTO, INEFICIENTE À COMPROVAÇÃO DO ARRAZOADO.

DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS PELA PRETENSA CREDORA, QUE NÃO COMPROVAM A EFETIVA ENTREGA DAS MERCADORIAS. NOTA FISCAL DESPROVIDA DA ASSINATURA DO RECEBEDOR. REGISTRO NEGATIVO QUE, ADEMAIS, FAZ MENÇÃO A DÍVIDA DIVERSA DAQUELA RETRATADA POR ESTE ESCRITO.

RESTRICÇÃO INDEVIDA. ABALO DE CRÉDITO DA PESSOA JURÍDICA. DANO DE CUNHO MORAL PRESUMIDO. SÚMULA Nº 227 DO STJ. INSOFISMÁVEL DEVER DE REPARAR.

RECLAMO CONHECIDO E DESPROVIDO.

APELO ADESIVO.

EMPRESA VÍTIMA QUE OBJETIVA A AMPLIAÇÃO DA VANTAGEM PECUNIÁRIA, ORIGINALMENTE INSTITUÍDA EM R\$ 5.000,00.

INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. MAJORAÇÃO QUE SE IMPÕE. FIXAÇÃO DA VERBA EM R\$ 15.000,00, COM OS ENCARGOS DA SENTENÇA.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS FIXADOS NO EQUIVALENTE A 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. ALMEJADA MAJORAÇÃO. PLEITO DENEGADO. VALOR QUE SE MOSTRA ADEQUADO À REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELO PATRONO CONSTITUÍDO PELA REQUERENTE.

INSURGÊNCIA CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.089162-8, da comarca de Turvo (Vara Única), em que é apte/rdoad Madeireira Jordânia Ltda, e apdo/rtead Cadore Construção Civil Ltda.:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer de ambos os recursos, negando provimento ao apelo da ré, e, de outra banda, provendo em parte o recurso adesivo da autora. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Rejane Andersen, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Robson Luz Varella.

Florianópolis, 19 de agosto de 2014.

Luiz Fernando Boller
RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Madeireira Jordânia Ltda. <<https://pt-br.facebook.com/pages/Madeiraira-Jordania-Ltda/213098058774320>> contra sentença prolatada pelo juízo da Vara Única da comarca de Turvo, que nos autos da ação de Indenização por Danos Morais nº

076.11.000424-3 (disponível em <<http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=240000UMH0000&processo.foro=76>> acesso nesta data), ajuizada por Cadore-Construção Civil Ltda. <<http://cadoreconstrucao civil.com.br/>>, julgado procedente o pedido, nos seguintes termos:

[...] Sustenta o autor não manter qualquer relação comercial com a requerida, razão pela qual o débito que lhe fora exigido seria inexistente, sendo indevida a inscrição de seu nome em cadastro restritivo de crédito e, para tanto, não há como imputar ao autor o ônus de provar fato negativo.

[...] Da análise dos autos, verifica-se que a parte ré não juntou documentos hábeis a comprovar que a relação comercial com a parte autora realmente existiu, pois não há nos autos documentos quaisquer, assinaturas, ainda que eletrônicas, dos prepostos da parte autora, e tampouco comprovou a parte ré a efetiva entrega da mercadoria no estabelecimento da parte autora.

Assim, torna-se indiscutível a ilicitude da inscrição do nome do autor no cadastro de inadimplentes.

O fato de tal inscrição ter permanecido por breve lapso temporal ou ter sido baixada por ato voluntário da própria requerida não tem o condão de afastar a ilicitude da conduta e o dever de reparar o abalo moral, o qual, *in casu*, é presumido, na esteira de farta jurisprudência [...].

Ante o exposto, confirmo a antecipação de tutela de fl. 38 e julgo procedentes os pedidos formulados, o que faço com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil, e, via de consequência, condeno a parte ré ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), ao autor a título de indenização por danos morais, com correção monetária pelo INPC/IBGE a partir desta data e juros de mora à taxa legal desde o evento danoso, qual seja, a inscrição indevida.

Condeno a requerida, ainda, ao pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% sobre o valor da condenação, tendo em vista a complexidade da matéria e o tempo de tramitação da demanda, nos termos do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil (fls. 86/88).

Ato contínuo, a demandante opôs embargos de declaração, pugnando pela declaração da inexistência do débito que deu origem ao apontamento negativo (fls. 91/93), insurgência que foi acolhida pelo togado singular (fls. 95/96).

Irresignada, Madeireira Jordânia Ltda. interpôs recurso de apelação, sustentando que o substrato probatório encartado nos autos é suficiente para evidenciar a relação jurídica que deu origem à inscrição do nome da postulante no rol de maus pagadores, constituindo a respectiva Guia Florestal, elemento bastante para comprovar a compra e venda mercantil - especialmente porque sua emissão só é possível após o aceite do comprador -, devendo ser julgada improcedente a pretensão reparatória, sobretudo porque a efetiva entrega das mercadorias, estaria consolidada no DOF-Documento de Origem Florestal, *“onde está explícito que a recorrida recebeu, em 30/04/2009, a mercadoria constante da Nota Fiscal nº 000.000.207”* (fl. 104).

Não bastasse isso, exaltou não ter sido intimada acerca da decisão prolatada nos embargos de declaração, omissão que implicaria nulidade, razão pela qual bradou pelo conhecimento e provimento do reclamo, julgando-se improcedente o pedido exordial, alternativamente reconhecendo-se a nulidade da sentença (fls. 99/105)

Em contrarrazões, a Cadore-Construção Civil Ltda. impugnou o documento acostado nos autos por ocasião do recurso, destacando que *“inexiste motivo plausível para sua juntada intempestiva”* (fl. 115), sendo, ademais, *“documento unilateral, que não altera a essência de toda a instrução processual”* (fl. 115).

No mérito, afiançou que *“a mercadoria que supostamente saiu da empresa apelante, nunca foi solicitada pela apelada, e muito menos chegou a ser entregue”* (fl. 115), destacando que tal material tampouco é utilizado em sua atividade comercial, de modo que, inexistindo qualquer relação jurídica, indevida é a inclusão do seu nome no rol de maus pagadores, termos em que clamou pelo desprovimento da insurgência (fls. 111/118).

Por sua vez, a empresa postulante interpôs recurso de apelação na forma adesiva, pugnano pela ampliação da vantagem pecuniária, a

fim de que possa representar efetiva reprimenda ao ato ilícito praticado, também externando descontentamento no que toca aos honorários advocatícios sucumbenciais, que entende desproporcionais à qualidade do trabalho realizado por seu advogado, motivo porque bradou pelo conhecimento e provimento do reclamo (fls. 119/127).

Recebidos ambos os apelos apenas no efeito devolutivo (fls. 109 e 130), sobrevieram as contrarrazões de Madeireira Jordânia Ltda., reprimando a tese de regularidade da sua conduta ao comandar o malsinado aponte, rechaçando a pretendida majoração da verba indenizatória, bem como a remuneração dos serviços prestados pelo causídico constituído por Cadore-Construção Civil Ltda., clamando pela manutenção da decisão, “*caso não seja julgado integralmente procedente o recurso*” por si interposto (fls. 132/135).

Ascendendo a esta Corte, foram os autos originalmente distribuídos ao Desembargador Luiz Carlos Freyesleben (fl. 139), após o que, reconhecida a incompetência das Câmaras de Direito Civil para o processamento da insurgência (fls. 141/145), foram redistribuídos ao Desembargador Substituto Dinart Francisco Machado, vindo-me às mãos em razão do superveniente assento nesta Segunda Câmara de Direito Comercial (fl. 147).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Conheço de ambos os recursos porque, além de tempestivos, atendem aos demais pressupostos de admissibilidade.

A Madeireira Jordânia Ltda. sustenta não ter sido previamente intimada acerca dos embargos de declaração opostos pela Cadore-Construção Civil Ltda., omissão que implicaria efetiva violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, sobretudo porque, ao declarar a inexistência do débito relativo à Nota Fiscal nº 208, teria acolhido a pretensão da oponente, razão pela qual pugna pela cassação da decisão.

Com efeito, a detida análise dos autos revela que, tão logo opostos embargos de declaração pela empresa postulante (fl. 91/93), foram os autos conclusos ao togado singular (fl. 94vº), isto sem que, no entanto, fosse oportunizado à ré manifestar-se, circunstância capaz de resultar em nulidade, com o retorno dos autos à origem para a efetivação do ato supresso.

Entretanto, por não constatar qualquer prejuízo à Madeireira Jordânia Ltda. - que, ao interpor o recurso de Apelação Cível nº 2012.089162-8 (disponível em <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC &dePesquisa=20120891628>> acesso nesta data), reprisou a tese de efetiva existência do débito, suprimindo a ausência de manifestação no juízo *a quo* -, entendendo apropriada a revisão da matéria objeto dos embargos de declaração diretamente por este Tribunal.

A propósito, em recentíssimo julgado, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. PRÉVIA INTIMAÇÃO DA PARTE ADVERSA. NECESSIDADE. MITIGAÇÃO DA REGRA. MEDIDA CAUTELAR. EXTINÇÃO SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO. PERDA DE OBJETO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO. CABIMENTO. CONDIÇÕES. VERBA HONORÁRIA. REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. VALOR ÍNFIMO OU EXAGERADO. POSSIBILIDADE. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 20, CAPUT E §§ 3º E 4º, 125, I, 219, § 1º, e 810 do CPC.

[...] A atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração supõe a prévia intimação da parte embargada, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sob pena do julgamento padecer de nulidade absoluta. Precedentes.

A regra acima admite mitigação na hipótese em que o acórdão seja objeto de embargos de declaração interpostos por ambas as partes, impugnando o mesmo tema (valor dos honorários advocatícios), bem como objeto de recurso especial das duas partes, possibilitando que a matéria seja amplamente revista, assegurando a observância do devido processo legal e da ampla defesa.

Em consonância com o art. 219, § 1º, do CPC e com o princípio da instrumentalidade das formas, a decretação de nulidade de atos processuais depende da efetiva demonstração de prejuízo da parte interessada, prevalecendo o princípio *pas de nulitte sans grief*.

Não há sentido em se determinar a devolução dos autos à origem para possibilitar ao embargado a impugnação dos embargos de declaração se a via especial já foi aberta para análise da questão. Na verdade, a baixa dos autos teria efeito inverso, prejudicial às partes, indo de encontro aos princípios da razoável duração do processo e da economia processual [...] (REsp 1395289/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. em 22/04/2014. DJe de 29/04/2014 - grifei).

Em sendo assim, prestigiando o princípio da instrumentalidade das formas, bem como da economia processual, deixo de pronunciar a alegada nulidade, destacando que, consoante certificado à fl. 98, ambos os contendores tiveram ciência acerca do teor da decisão de fls. 95/96 - publicada no Diário de Justiça Eletrônico nº 1473, de 11/09/2012 -, o que possibilita que a finalidade do ato seja alcançada na esfera recursal.

Feita tal consideração, ressaio que a Madeireira Jordânia Ltda. aduz a regularidade da inscrição do nome da Cadore-Construção Civil Ltda. no cadastro restritivo dos órgãos de proteção ao crédito, destacando que o apontamento estaria relacionado ao inadimplemento de contrato de compra e venda de madeira florestal, inexistindo qualquer irregularidade na sua conduta, capaz de justificar a atribuição do dever de reparar.

Conquanto tenha encartado nos autos a Nota Fiscal-Eletrônica nº 000.000.207, emitida em 23/04/2009, no valor de R\$ 26.914,47 (vinte e seis mil, novecentos e quatorze reais e quarenta e sete centavos), objetivando conferir credibilidade à argumentação (fl. 65), tal inserto não se mostra suficiente para evidenciar a legalidade da malsinada anotação, não só porque encontra-se desacompanhado do comprovante da efetiva entrega das mercadorias, como, também, porque faz referência a obrigação diversa daquela indicada como inadimplida, que, consoante revela a informação prestada pela Câmara de Dirigentes Lojistas de Turvo, seria

a Nota Fiscal nº 208, emitida em 23/05/2009, no distinto valor de R\$ 33.069,00 (trinta e três mil e sessenta e nove reais - fls. 32 e 34/35).

E nem se diga que o “*Acompanhamento do DOF*” constitui documento eficiente à comprovação do recebimento das madeiras pela Cadore-Construção Civil Ltda. (fl. 107), visto que a apresentação de tal escrito se deu de forma extemporânea, somente após a interposição do presente reclamo, o que inviabiliza a respectiva apreciação, sob pena de supressão de instância.

Não se ignora o disposto no art. 397 do Código de Processo Civil, segundo o qual “é lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos” (grifei).

Contudo, não é este o caso, porquanto inexistente qualquer indício de que a madeireira apelante tenha deixado de apresentar o aludido documento no momento oportuno, por motivo de força maior - tal como preconiza o art. 183 do Código de Processo Civil -, o que induz a conclusão de que tal inserto poderia, sim, ter sido exibido antes da prolação da sentença.

Sobre o tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ministram que:

A produção de prova após a sentença, sem que haja a devida justificativa, escorada em motivo de caso fortuito ou de força maior, não pode ser admitida, sob pena de subverter-se o procedimento e premiar-se quem não obedeceu às suas regras com a possibilidade de surpreender o adversário, não lhe permitindo o contraditório (RJEsp-DF 2/70).

Contraprova. O juiz não mais deverá admitir juntada de documentos aos autos, posteriormente à inicial ou à contestação, salvo se este constitui contraprova de documento apresentado pelo réu na defesa (RT 523/528) (*In* Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10. ed. rev. ampl. e atual. até 1º de outubro de 2007. 1ª reimp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 637).

Concernente, dos julgados de nossa Corte colhe-se que:

APELAÇÃO CÍVEL. SUBSCRIÇÕES DE AÇÕES TELESC S/A (BRASIL TELECOM). CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. EXTINÇÃO DO FEITO EM PRIMEIRO GRAU. [...] ADITAMENTO DA INICIAL E JUNTADA DE DOCUMENTO POR PARTE DOS AUTORES EM SEDE RECURSAL. AUSÊNCIA DE PROVA QUE O DOCUMENTO ESTAVA INDISPONÍVEL NO MOMENTO EM QUE SE MANIFESTOU NOS AUTOS. PRECLUSÃO CARACTERIZADA. ADITAMENTO E JUNTADA INDEFERIDOS.

Os documentos devem ser juntados pelo autor com a exordial e pelo réu com a contestação, ou no primeiro momento que vier aos autos, excetuados aqueles tidos como novos, na forma artigo 397 do CPC, que são cabíveis somente para fazer prova de fatos ocorridos após a sentença [...] (Apelação Cível nº 2014.010198-9, de Lages. Rel. Des. Guilherme Nunes Born. J. em 20/03/2014).

Notadamente:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA EMBASADA EM NOTAS FISCAIS. [...] JUNTADA DE DOCUMENTO NOVO COM A APELAÇÃO. MOMENTO INOPORTUNO. INEXISTÊNCIA DE FATO NOVO CAPAZ DE JUSTIFICAR A JUNTADA NESTA FASE PROCESSUAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“Na sistemática do Código de Processo Civil, a prova documental é produzida no momento próprio, seja, com a inicial e com a contestação, admitindo-se a juntada de documento em fase posterior na hipótese da necessidade de se demonstrar fatos novos, ocorridos depois dos articulados, ou ainda para contrapor a documentos já acostados ao processo’ (STJ, Ministro Vicente Leal).

Não se conhece de documentos juntados na fase recursal quando não se referirem a fato novo, nem se destinarem a contrapor-se a argumentos novos deduzidos pela parte contrária (CPC, art. 397). (...) (Apelação Cível n. 2011.033452-7, de Garopaba, rel. Luiz Carlos Freyesleben, j. 27.07.2011)” (AC n. 2011.055422-2, de Lages, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 24-8-2011)” (Apelação Cível n. 2012.041420-6, de Chapecó, Primeira Câmara de Direito Público, Rel. Des. Jorge Luiz de Borba) (Apelação Cível nº 2011.087148-9, da Capital. Rel^a. Des^a. Rejane Andersen. J. em 13/05/2014).

E especialmente:

AGRAVO (ART. 557, §1º, DO CPC). APELAÇÃO CÍVEL. RESOLUÇÃO POR MONOCRÁTICA. COBRANÇA DE COMPLEMENTAÇÃO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. [...] DOCUMENTO AUTUADO EM SEDE DE RAZÕES DO AGRAVO. EXEGESE DO ART. 397 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS AUSENTES. TEOR DESCONSIDERADO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Na linha de precedentes desta Casa, “*em não se tratando de documento referente a fato novo, tampouco destinado a contrapor fatos deduzidos posteriormente nos autos (art. 397 do CPC), a juntada de documento nas razões recursais, relacionado a fatos já mencionados na contestação, só é autorizada quando o apelante comprova força maior impeditiva da juntada do documento no momento oportuno (art. 517 do CPC)*” (TJSC, AC n. 1999.019616-0, de Blumenau, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 17-8-2006). (Apelação Cível n. 2009.008842-7, Rel. Des. Fernando Carioni, j. em 04.05.2009) (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Apelação Cível n. 2012.018070-7/0001.00, de Blumenau. Rel. Des. Henry Petry Júnior. J. em 15/05/2014).

Já no que toca ao DVPF3-Documento de Venda Interestadual de Produtos Florestais (fl. 62), e à GF3-Guia Florestal para Transporte de Produtos Florestais Diversos (fl. 63), registro que tais insertos, embora tenham sido apresentados como prova da obrigação atribuída à Cado-re-Construção Civil Ltda., constituem não mais do que um mero registro fiscal da operação supostamente perfectibilizada, não se prestando à comprovação de que a transação teria sido de fato concluída, e sequer que houve a efetiva entrega das mercadorias à destinatária.

Aliás, como bem frisou o togado sentenciante,

[...] a parte ré não juntou documentos hábeis a comprovar que a relação comercial com a parte autora realmente existiu, pois não há nos documentos quaisquer assinaturas, ainda que eletrônicas, dos prepostos da parte autora, e tampouco comprovou a parte ré a efetiva entrega da mercadoria no estabelecimento da parte autora (fl. 87).

Não há que se olvidar que à apelante incumbia a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, a fim de inviabilizar o acolhimento do pleito reparatório - a teor do preconizado no art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil -, ônus do qual, como se denota, não se desincumbiu.

En passant, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem 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).

Já 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 consequência 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.

Por fim, brada o aludido doutrinador 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 conseguinte, 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).

Portanto, inexistindo dúvida de que a negatificação maculou a honra e boa imagem comercial da Cadore-Construção Civil Ltda., escorreita é a decisão que impôs a Madeireira Jordânia Ltda. o dever de reparar pecuniariamente o dano de cunho moral infligido.

Nos termos do § único do art. 927 do Código Civil, *“haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”*.

Sobre o assunto, Maria Helena Diniz miudamente explica que:

[...] Consagrada está a responsabilidade civil objetiva que impõe o ressarcimento de prejuízo, independentemente de culpa, nos casos previstos legalmente, ou quando a atividade do lesante importar, por sua natureza, potencial risco para direitos de outrem. A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade (Enunciado nº 38, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal) [...]. Substitui-se a culpa pela ideia do risco. Essa responsabilidade civil objetiva funda-se na teoria do risco criado pelo exercício de atividade lícita, mas perigosa [...] (Código Civil anotado - 14ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009. p. 626).

Por sua vez, Rui Stoco exalta que:

[...] se o fornecedor - usada a expressão em seu caráter genérico e polissêmico - se propõe a explorar atividade de risco, com prévio conhecimento da extensão desse risco; se o prestador de serviços dedica-se à tarefa de proporcionar segurança em um mundo de crise, com violenta exacerbação da atividade criminosa, sempre voltada para os delitos patrimoniais, há de responder pelos danos causados por defeitos verificados nessa prestação, independentemente de culpa, pois a responsabilidade decorre do só fato objetivo do serviço e não da conduta subjetiva do agente (Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência - 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 673).

Do acervo jurisprudencial de nossa Corte ameaha-se, *mutatis mutandis*, que:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO E MEDIDA CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - APELO DA EMPRESA RÉ. DUPLICATA MERCANTIL - AUSÊNCIA DE ACEITE - ÔNUS DA PROVA QUE RECAI SOBRE A EMPRESA DEMANDADA - ALEGAÇÃO DE QUE HOUVE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ELÉTRICOS À AUTORA - NOTAS FISCAIS SEM ASSINATURAS DESTA - MEROS

ORÇAMENTOS QUE NÃO COMPROVAM A EFETIVA ENTREGA DE MERCADORIAS OU A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELA REQUERIDA - PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE APONTAM À INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO NEGOCIAL SUBJACENTE AO TÍTULO PROTESTADO [...].

A duplicata mercantil é título causal e sua emissão é restrita às hipóteses previstas em lei. Nas ações cujo objeto é a declaração de inexistência de débito representado por referida cambial, o ônus da prova é atribuído ao réu (CPC, art. 333, inc. II), a quem compete demonstrar a realização do serviço ou da entrega da mercadoria que deu azo à emissão do referido título de crédito.

Notas fiscais sem assinatura do sacado e meros orçamentos emitidos pela empresa demandada (estes, ademais, assinados por pessoa não identificada), não se prestam a comprovar o negócio jurídico subjacente, mormente quando evidenciado a produção unilateral desses documentos pelo sacador do título protestado [...] (Apelações Cíveis nº 2011.019842-6 e nº 2011.019843-3, de Lauro Müller. Rel. Des. Robson Luz Varella. J. em 18/12/2012).

Bem como,

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM DANOS MORAIS. [...] MÉRITO. PROTESTO DE TÍTULO. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. EXISTÊNCIA DE DÉBITO NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ENTREGA E RECEBIMENTO DAS MERCADORIAS. ÔNUS DA PARTE RÉ. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, II, DO CPC. ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. BANCO QUE NÃO SE ASSEGUROU DA LEGITIMIDADE DA DUPLICATA QUANDO DO CONTRATO DE DESCONTO DE TÍTULO. DANO MORAL *IN RE IPSA*. DEVER DE INDENIZAR INAFASTÁVEL.

[...] a duplicata enviada a protesto não tem o condão de comprovar o negócio jurídico firmado pelas partes, pois sequer houve a demonstração do recebimento das mercadorias. Além do mais, a parte apelante poderia ter trazido aos autos quaisquer documentos dando conta da entrega das mercadorias, o que sequer sobreveio aos autos, não se podendo admitir o recebimento de

mercadorias por mera presunção, já que ausente prova concreta nos autos [...] (Apelação Cível nº 2012.082053-3, de Itajaí. Rel. Des. Guilherme Nunes Born. J. em 26/06/2014).

Avulto que a reparação pelo abalo moral é assegurada pelo art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, assim como pelo Código Civil, em seu art. 186, garantia que não se resume apenas às pessoas físicas, resguardando, também, o patrimônio das pessoas jurídicas, matéria sobre a qual nossa Corte já decidiu que:

A pessoa jurídica é passível de sofrer danos morais, não sob o prisma subjetivo da ofensa à honra e à dignidade humanas, mas em razão de ofensa ao seu bom nome, atributo esse de vital importância para ela e pelo valor extrínseco que esse bom nome desempenha em suas atividades mercantis ou industriais (Apelação Cível nº 2003.010824-6. Rel. Des. Trindade dos Santos. J. em 11/08/2008).

Pacificando o entendimento sobre a matéria, o Enunciado nº 227 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, de 08/09/1999 (DJ de 20/10/1999), dispõe que “*pessoa jurídica pode sofrer dano moral*”.

Discorrendo sobre a obrigação de indenizar, Rui Stoco bem destaca que:

Os princípios do *neminem laedere* (não lesar ninguém) e do *alterum non laedere* (não lesar outrem), dão a exata dimensão do sentido de responsabilidade. A ninguém se permite lesar outra pessoa sem a consequência de imposição de sanção. No âmbito penal a sanção atende a um anseio da sociedade e busca resguardá-la. No âmbito civil o dever de reparar assegura que o lesado tenha o seu patrimônio - material ou moral - reconstituído ao *statu quo ante*, mediante a *restitutio in integrum* (Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência, 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 114).

Em artigo doutrinário consentâneo ao caso em prélio, José Augusto Roveri exalta que:

Não havendo mais nenhuma dúvida a respeito da obrigatoriedade de indenização por danos morais à pessoa física, surge uma outra grande discussão paralela sobre a possibilidade da pessoa jurídica situar-se no polo ativo de uma ação por danos morais.

As pessoas jurídicas, a exemplo das pessoas físicas ou naturais, também possuem bens patrimoniais e extrapatrimoniais. Dentro dos bens patrimoniais, nem todos são corpóreos, como as máquinas, instalações, materiais de escritório, etc.

Também existem os bens patrimoniais incorpóreos, que cada vez mais vêm aumentando sua participação no patrimônio total das pessoas jurídicas. São inúmeros os exemplos de empresas em que a grande parte do seu patrimônio é composto por bens imateriais. Em muitos casos, somente o nome vale bilhões de dólares (Coca-Cola, Marlboro, Nike, etc).

Obviamente esse patrimônio imaterial não cai do céu. Ele é resultado da tradição, qualidade dos produtos, eficiência organizacional, pontualidade nos pagamentos, etc. Muitas vezes é resultado de maciços investimentos em imagem, realizado por campanhas sistemáticas de propaganda.

Não há dúvida que esses fatores agregam substancial valor à empresa, e não são raros os exemplos de empresas que valem bilhões mas possuem pouco patrimônio material. Essa regra é válida tanto para as gigantescas corporações multinacionais quanto para o pequeno comerciante de esquina.

Além de possuir bens patrimoniais, é indiscutível que as pessoas jurídicas possuem também bens extrapatrimoniais como a credibilidade, reputação, confiança do consumidor, etc., todos ligados à sua honra subjetiva. Dependendo do grau da lesão a esses bens, uma empresa pode ser levada até à bancarrota, especialmente se ocorrer num mercado aberto e de grande concorrência.

Todos aqueles que negam que a pessoa jurídica possa sofrer dano moral partem do pressuposto evidente e incontestável de que a mesma não é um ser vivo, portanto não sofre padecimentos espirituais.

Silva, um dos autores que encontra-se entre os que negam a existência do dano moral em relação a pessoa jurídica, escreveu com maestria:

“Ora, a pessoa jurídica não é um ser orgânico, vivo, dotado de um sistema nervoso, de uma sensibilidade, e, como tal, apenas poderia subsistir como simples criação ou ficção de direito. (...)”

Seriam, pois, assim, para os efeitos dos danos morais, as pessoas jurídicas meras abstrações, não tendo mais vida que a que lhes é emprestada pela inteligência ou pelo direito. Seriam vivas apenas para os juristas que lhes não podem comunicar, ao corpo, o quente calor animal e a divina chama da alma, não tendo, pois, capacidade afetiva ou receptividade sensorial.

Não se angustiam, não sofrem.

Não seriam, jamais, suscetíveis dos danos anímicos que lhes não poderia insuflar a mais sutil casuística” (Silva, Wilson Melo da. *O Dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983). Mas se não sofrem dano moral, como dizem, de que natureza seriam os danos cometidos à sua honra objetiva, como o bom nome, a imagem, a reputação, e o conceito que as pessoas jurídicas desfrutam na sociedade?

A saída encontrada pela maioria dos que negam o dano moral da pessoa jurídica é a utilização da tese da indenização do dano patrimonial indireto, ou seja, indeniza-se somente se ocorrer um dano patrimonial. O absurdo dessa tese é associar um primeiro fenômeno a ocorrência de um segundo, de forma a anular esse primeiro fenômeno. Assim, o dano moral na verdade nunca é considerado, pois o que se indeniza é tão somente o dano patrimonial. Relembrando aquele velho *slogan* repetido por comerciantes ambulantes, é o mesmo que dizer “*mulher bonita não paga, mas também não leva!*”. Significa que se a mulher for bonita, pode levar a mercadoria de graça, desde que pague, mas se a mulher for feia...

Essa tese, além de ser um verdadeiro absurdo lógico, encontra uma grande dificuldade em explicar o dano moral a uma pessoa jurídica sem fins lucrativos, como as associações beneficentes, fundações, clubes, organismos internacionais, governos, etc. Ficariam essas pessoas absolutamente desprotegidas pelo direito somente porque não visam ao lucro, e seus agressores poderiam ficar absolutamente tranquilos, sem medo de serem obrigados a indenizar ou de serem punidos por suas atitudes antissociais?

No próprio ordenamento constitucional podemos observar que o dano moral às pessoas jurídicas é perfeitamente cabível, pois os incisos V e X, do artigo 5º da Constituição Federal prescrevem que:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

É interessante notar que no inciso X não existe qualquer distinção entre pessoa natural ou jurídica, o que desautoriza qualquer tentativa de fazê-lo.

Mas mesmo se não houvesse essa garantia constitucional, seria correto que uma pessoa jurídica vítima de um dano moral somente pudesse deduzir uma pretensão em juízo de natureza indenizatória se houvesse dano material?

Se a resposta a essa indagação for positiva, estaríamos ferindo um princípio constitucional positivado no inciso XXXV do artigo 5º: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, ou mesmo o artigo 75 do Código Civil: “*A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura*”.

Negar esses princípios seria deixar as pessoas jurídicas à mercê de toda espécie de abusos e violações aos seus direitos que nem sempre são de ordem patrimonial.

Felizmente, a tendência atual é considerar que todas as pessoas, tanto as físicas quanto as jurídicas, possuem honra objetiva que deve ser tutelada pelo direito, independentemente da ocorrência de danos patrimoniais.

Essa visão baseia-se no fato de que, para a ciência do direito a noção de pessoa é sobretudo uma noção jurídica, e não filosófica ou biológica.

Para saber se certos entes são sujeitos de Direito, não é necessário examinar se constituem pessoas no sentido filosófico da palavra, mas perguntar somente se são de uma natureza tal que devam ser-lhes atribuídos direitos subjetivos. Em consequência, estabelecer quais são esses entes é um problema eminentemente técnico, que a ciência jurídica deve resolver, estabelecendo a quais fenômenos da vida jurídica deve ser aplicado (Rivera, Júlio Cesar. *Instituciones de derecho civil*. Parte General. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. citado por Santos, Antonio Jeová. 2. ed. Dano moral indenizável. São Paulo: Lejus, 1999).

Não há como negar que mesmo as pessoas jurídicas possuem um conceito social baseado em valores estabelecidos pela própria sociedade, como por exemplo, a respeitabilidade, a confiança, a reputação, a honra, e até mesmo a afetividade que as pessoas mantêm em relação a elas. Mas também não há como negar que qualquer ataque a esse patrimônio ideal, por maior que seja esse ataque, não tem o poder de produzir dor moral, muito menos dor psíquica, pois falta à pessoa jurídica vida orgânica. Nenhuma pessoa jurídica é um ente biológico, mas um sistema organizacional criado pelo próprio homem em sociedade.

Assim, ficamos em uma situação aparentemente sem saída: por um lado não podemos negar que a pessoa jurídica possui valores morais que devem ser

tutelados pelo direito, mas de outro lado ficamos sem possibilidade de aplicação da indenização por danos morais ao ofensor, uma vez que esse tipo de indenização tem um objetivo muito restrito que é mitigar e compensar a dor, e a dor não pode ser sentida pela pessoa jurídica pela ausência de um substrato biológico.

Nem ao menos podemos aceitar a tese do dano patrimonial indireto, que além de absurda, também tem o grave inconveniente de não proteger a pessoa jurídica sem fins lucrativos.

Restou-nos somente a pena civil.

Assim, a única possibilidade que nos resta para não deixar passar *in albis* o dano moral à pessoa jurídica, é considerar os valores desembolsados pelo causador do dano não como indenização, mas como pena civil.

Mas na imensa maioria dos casos, o dano moral à pessoa jurídica acaba trazendo algum tipo de dano patrimonial em cumulação remota, ou seja, num primeiro momento causa um dano não patrimonial, mas que logo em seguida transforma-se num dano patrimonial. Assim, uma informação inverídica e maliciosamente divulgada a respeito de um produto, por exemplo, pode fazer com que o consumidor deixe de comprar esse produto, provocando uma consequente queda no faturamento da empresa, o que nada mais é do que um dano patrimonial.

Primeiro ocorre um dano moral, para algum tempo após surgir o dano patrimonial.

Esse fenômeno ocorre com muito mais frequência do que ocorreria com as pessoas físicas, isso porque o objetivo básico da existência da pessoa jurídica com fins lucrativos (empresa) é a circulação da mercadoria com o objetivo de lucro. É claro que qualquer ação que interfira negativamente nessa circulação, acaba por refletir-se na queda dos lucros.

Esse dano patrimonial pode ser quantificado e expresso em dinheiro, e o seu *quantum* pode ser estabelecido de maneira objetiva pelo juiz.

Mas a função social da empresa assume grande relevância nos dias atuais, e não se pode mais pensar a empresa somente como uma máquina de produzir lucro.

A empresa, assim como as pessoas jurídicas sem fins lucrativos, também tem direitos e deveres análogos à pessoa física, excetuando-se, é claro, aqueles que relacionam-se com a existência biológica.

Como não há no que se falar em indenização pelo padecimento espiritual e muito menos corpóreo, a pena civil cumpriria o papel de punir o agressor, que em última análise feriu toda a sociedade através de sua ação mesquinha.

CONCLUSÃO

A pessoa jurídica pode ser vítima de um dano em sua honra subjetiva, e esse dano quase sempre transforma-se num dano de natureza patrimonial. As pessoas jurídicas sem fins lucrativos, obviamente, não sofrem esse abalo patrimonial, mas mesmo assim podem ser vítimas de um dano moral. Não existe propriamente indenização por danos morais no caso das empresas jurídicas, por ser impossível a ocorrência de dor psicológica a ser mitigada. Os valores desembolsados pelo causador do dano devem ser considerados como uma penalidade com função retributiva, pedagógica e exemplar, mas não como indenização *strictu sensu* (Roveri, José Augusto. A pessoa jurídica pode sofrer danos morais? Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000 (disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/665/a-pessoa-juridica-pode-sofrer-danos-morais>> acesso nesta data).

Dito isto, passo à quantificação do *quantum debeat*, referindo, para tanto, ensinamento de Pontes de Miranda:

Embora o dano moral seja um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, para o qual não se encontra estimação perfeitamente adequada, não é isso razão para que se lhe recuse em absoluto uma compensação qualquer. Essa será estabelecida, como e quando possível, por meio de uma soma, que não importando uma exata reparação, todavia representa a única salvação cabível nos limites das forças humanas. O dinheiro não os extinguirá de todo: não os atenuará mesmo por sua própria natureza, mas pelas vantagens que o seu valor permutativo poderá proporcionar, compensando, indiretamente e parcialmente embora, o suplício moral que os vitimados experimentaram (RTJ 57/789-90).

Complementando o raciocínio, Wilson Bussada avulta que:

Realmente, na reparação do dano moral o juiz deverá apelar para o que lhe parecer equitativo ou justo, mas ele agirá sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões da parte, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. Portanto, ao fixar o *quantum* da indenização, o juiz não procederá a seu bel-prazer, mas como um homem de responsabili-

dade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação. Arbítrio prudente e moderado, assevera Artur Oscar de Oliveira Deda, não é mesmo que arbitrariedade. Além, disso, sua decisão será examinada pelas instâncias superiores e esse arbítrio está autorizado por lei (arts. 1549 e 1533, do Código Civil), sendo até mesmo concedido ao juiz, em muitos casos, inclusive nos de danos patrimoniais. Assim sendo, não há que se falar em excessivo poder concedido ao juiz. (Danos e interpretações pelos tribunais).

Neste contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que:

[...] o valor da indenização há de ser eficaz, vale dizer, deve, perante as circunstâncias históricas, entre as quais avulta a capacidade econômica de cada responsável, guardar uma força desencorajada de nova violação ou violações, sendo como tal perceptível ao ofensor, e, ao mesmo tempo, de significar, para a vítima, segundo sua sensibilidade e condição sociopolítica, uma forma heterogênea de satisfação psicológica da lesão sofrida. Os bens ideais da personalidade, como a honra, a imagem, a intimidade da vida privada, não suportam critério objetivo, com pretensões de validade universal, de mensuração do dano à pessoa (RE nº 447.584-7/RJ. Rel. Min. Cezar Peluso. J. em 28/01/2006).

Além disto, são critérios para fixação do *quantum debeatur*, estabelecidos por Wladimir Valler:

a) a importância da lesão, ou da dor sofrida, assim como sua duração e sequelas que causam a dor; b) a idade e o sexo da vítima; c) ao caráter permanente ou não do menoscabo que ocasionará o sofrimento; d) a relação de parentesco com a vítima quando se tratar do chamado dano por ricochete; e) a situação econômica das partes; f) a intensidade de dolo ou ao grau da culpa (A reparação do dano moral no direito brasileiro. São Paulo: EV Editora, 1994, p. 301).

Como visto, a indenização deve servir de lenitivo ao abalo sofrido pela pessoa jurídica vítima, consubstanciando meio de superar o nefasto resultado da infundada e prejudicial constatação pública da inclusão de seu nome empresarial no cadastro de inadimplentes, impedindo, entretanto, alcance a culminância do enriquecimento ilícito, destacando-se que o arbitramento do montante é realizado em cada caso concreto, e deve

pautar-se na gravidade do dano, no grau de culpa da ré, e na situação patrimonial dos envolvidos, com o fito de compensar o prejuízo, punir a ofensora e desestimular novas práticas.

Diante disto, por entender que a Madeireira Jordânia Ltda. faltou com o cuidado devido ao comandar o registro de negativação, concluo que a reparação pecuniária deve representar o público reconhecimento da falha cometida, propiciando a Cadore-Construção Civil Ltda. compensação pela obstrução de seu crédito.

Neste tocante, sopesando os supramencionados critérios para fixação do *quantum debeatur*, bem como os demais pré-requisitos, tanto de ordem objetiva quanto subjetiva que devem ser observados, tenho para mim que o montante indenizatório deve, sim, ser majorado para o consentâneo valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), importância mais condizente à reparação da lesão infligida, visto que:

“Majoram-se os danos morais, quando estes estão aquém dos elementos objetivos e subjetivos, como situação pessoal das partes, ofensa do agente e grau de sua culpa e consequências para a vítima [...]” (Ap. Cív. nº 2006.014123-2, de Criciúma, rel.: Des. Monteiro Rocha, j. 28/02/2008) (Apelação Cível nº 2007.052950-1, de Araranguá. Rel. Des. Subst. Ronaldo Moritz Martins da Silva. J. em 03/08/2011).

Relativamente aos honorários advocatícios devidos ao causídico constituído pela empresa requerente, registro que, conquanto a ofendida tenha bradado pela respectiva elevação, a decisão guerreada não merece qualquer reparo, estando a remuneração do profissional amparada no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, segundo o qual,

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. [...]

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções,

embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Acerca dos critérios a serem sopesados quando da fixação da verba honorária, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery exaltam que:

São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em consideração pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado.” (Código de Processo Civil Comentado, 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 223/224).

Diante de tal premissa, aferindo o trabalho realizado pelo advogado constituído pela postulante, o tempo de duração da demanda, bem como a natureza da causa, entendo que a verba honorária sucumbencial deve ser mantida no equivalente a 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, *quantum* que revela-se apropriado para remunerar os serviços prestados pelo profissional, atendendo, ademais, ao estabelecido no mencionado dispositivo legal.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. [...] HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO. *QUANTUM* ARBITRADO PELO SINGULAR ADEQUADO. EXEGESE DO DISPOSTO NO ART. 20, § 3º, DO CPC. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Atendidos os critérios estabelecidos na lei processual, levando-se em conta a pouca complexidade da causa e tempo despendido, adequada é a manutenção do valor da verba honorária (Apelação Cível nº 2013.046539-2, de São José. Rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa. J. em 17/07/2014).

Dessarte, pronuncio-me pelo conhecimento de ambas as insurgências, negando provimento ao apelo da Madeireira Jordânia Ltda., e, de outra banda, provendo em parte o recurso adesivo da Cadore-Construção Civil Ltda., majorando a indenização pela ofensa ao seu bom nome na atividade mercantil, para o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), com os encargos da sentença.

É como penso. É como voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 2014.059531-3, de São José

Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUES ATINGIDOS PELA PRESCRIÇÃO EXECUTIVA. SENTENÇA QUE REJEITOU OS EMBARGOS MONITÓRIOS.

RECURSO DA EMBARGANTE.

ARGUIDA NULIDADE DA CITAÇÃO, EFETIVADA NA MODALIDADE EDITALÍCIA. EIVA INOCORRENTE. MEDIDA AUTORIZADA APÓS A FRUSTRAÇÃO DE DIVERSAS TENTATIVAS DE CITAÇÃO PESSOAL EM ENDEREÇOS DISTINTOS. CERTIDÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA DANDO CONTA DE QUE A APELANTE TERIA SE MUDADO PARA LUGAR INCERTO. ADEMAIS, DECLARAÇÃO DO MAGISTRADO DE ORIGEM DE QUE FORAM REALIZADAS DILIGÊNCIAS PARA ENCONTRAR O PARADEIRO DA RÉ, TODAS, PORÉM, SEM ÊXITO. CITAÇÃO POR EDITAL AUTORIZADA.

ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA DO APELADO, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE A ASSINATURA APOSTA NOS VERSOS DOS CHEQUES PERTENÇA À PESSOA AUTORIZADA PARA RESPONDER PELA PESSOA JURÍDICA ENDOSSANTE. IRRELEVÂNCIA. ÔNUS DE DERRUIR A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS CHEQUES QUE INCUMBE À DEVEDORA. ARTIGO 333, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE QUE A FIRMA NÃO CORRESPONDA À DO REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA BENEFICIÁRIA ORIGINAL DAS CÁRTULAS. SENTENÇA MANTIDA.

RECLAMO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.059531-3, da Comarca de São José (2ª Vara Cível), em que é apelante Maria Estela Lopes de Souza e apelado Márcio Cardoso:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Paulo Roberto Camargo Costa (Presidente) e Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 20 de novembro de 2014.

Tulio Pinheiro
RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca de São José, Márcio Cardoso ajuizou ação monitória em face da ora apelante, Maria Estela Lopes de Souza, alegando ser credor desta do valor atualizado de R\$ 1.731,11 (mil, setecentos e trinta e um reais e onze centavos), representado em 3 (três) cheques “prescritos”.

Após não se ter obtido êxito nas tentativas de citação pessoal da requerida (fls. 17, 23v. e 35v.), foi autorizada (fl. 42) e realizada (fls. 43/45) sua citação por edital.

Nomeado curador especial à ré (fl. 56), esta apresentou embargos monitórios. Na ocasião, sustentou, preliminarmente, a nulidade da citação, ao argumento de que a parte autora não teria diligenciado o suficiente para localizar o paradeiro da ré, sendo, portanto, descabida a citação editalícia. No mérito, contestou o pedido inicial por negativa geral (fls. 60/64).

Ao sentenciar, o MM. Juiz Sergio Ramos rejeitou os embargos monitórios, julgando procedente o pedido inicial. Condenou, ainda, a parte ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, conforme art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil (fls. 80/85).

Irresignada, a requerida/em bargante interpôs, agora por intermédio de procurador constituído nos autos, recurso de apelação. Nas razões do inconformismo, alegou a nulidade do feito, desde a citação por edital, sob a assertiva de que não se esgotaram “(...) *todos os meios de tentativa de localização do apelante, que em momento algum se escondeu (...)*” (fl. 93). De outra banda, defendeu a ilegitimidade ativa *ad causam* do apelado, aduzindo, para tanto, que este não comprovou ser credor dos cheques apresentados. Nessa toada, asseverou que não restou demonstrado que as assinaturas apostas nos versos das cártulas correspondem à do representante legal da pessoa jurídica beneficiária originária e supostamente endossante.

Recebido o apelo, foram os autos remetidos a esta Corte, sem contrarrazões.

Este é o relatório.

VOTO

Cuida-se de ação monitória pela qual é perseguido crédito estampado em 3 (três) cheques atingidos pelos efeitos da prescrição executiva.

Na decisão combatida, o juízo de origem rejeitou os embargos monitórios, julgando procedente o pedido inicial.

No apelo em exame, sustenta a parte ré/em bargante: a nulidade do feito, com base na assertiva de irregularidade da citação por edital; e a ilegitimidade ativa *ad causam* da parte autora, porquanto não comprovada a sua condição de credora dos títulos.

O reclamo, adianta-se, será examinado por tópicos.

1. Nulidade da citação por edital.

Infere-se dos autos que, em um primeiro momento, foram levadas a efeito três tentativas de citação pessoal da apelante, em dois endereços diferentes, conforme se extrai das fls. 17, 23 v. e 35 v.

Na última delas, certificou o Sr. Oficial de Justiça:

(...) Compareci no local indicado e após as formalidades legais, deixei de proceder à citação de Maria Estela Lopes de Souza, em virtude de não ter encontrado a mesma, tendo a mesma se mudado para endereço ignorado, sendo que no local existe estabelecida uma firma com o nome de MULTI VISSION INFORMÁTICA, funcionário sr. Júnior. (...) (certidão à fl. 35 v.).

A seguir, a parte autora, alegando desconhecer o paradeiro da ré, requereu a citação por edital (fls. 39/40), o que foi deferido na origem (fl. 42).

Diante da alegação de nulidade da citação, arguida em sede de embargos monitórios, consignou o douto magistrado na decisão interlocutória de fls. 70/71:

(...) Vistos etc.

Em atenção à alegação de nulidade de citação alegado nos embargos monitórios apresentados, registro que o endereço informado na inicial é o mesmo informado no Infoseg e Sisp. Não há informação da Requerida nos cadastros da Casan.

Por fim, localizou-se endereço diverso no Siel, pelo que determino a citação da Requerida no endereço: Rua Gentil Sandin, 30, Casa, Praia Comprida, São José, SC, CEP 88103-650.

Expeça-se mandado de pagamento da quantia reclamada na exordial, com prazo de 15 (quinze) dias. (...) (fl. 70).

Não se logrou êxito, no entanto, na tentativa de citação no endereço obtido pelo juízo de origem (confira-se à fl. 73).

Pois bem. De acordo com a Lei Processual Civil:

Art. 231. Far-se-á a citação por edital:

I - quando desconhecido ou incerto o réu;

II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar;

(...)

Art. 232. São requisitos da citação por edital:

I - a afirmação do autor, ou a certidão do oficial, quanto às circunstâncias previstas nos ns. I e II do artigo antecedente; (...).

Segundo precedente desta Corte, “(...) frustradas as diligências do oficial de justiça por mudança de endereço para local incerto e por suspeita de ocultação, e havendo declaração da autora de que desconhece outros endereços dos réus, deve ser realizada a citação por edital. (...)” (Agravado de Instrumento n. 2013.035371-2, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. em 03.06.2014).

Ainda nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. ALIMENTOS. CITAÇÃO POR EDITAL. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO INICIAL. INSURGÊNCIA. NULIDADE DA CITAÇÃO. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DOS MEIOS CITATÓRIOS. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS ÀS REPARTIÇÕES PÚBLICAS. NÃO OBRIGATORIEDADE. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. CITAÇÃO VÁLIDA. RECLAMO RECURSAL DESATENDIDO. 1 Não há se cogitar de nulidade da citação edital, quando infrutífera a citação do demandado por oficial de justiça, afirmando a parte autora ignorar o seu endereço atualizado do requerido, com o que resulta preenchido o requisito apontado no art. 232, inc. I, do Código de Processo Civil. De qualquer forma, ainda que qualquer deficiência houvesse na citação editalícia levada a termo, mesmo assim não haveria como se anular o ato citatório, quando houve o resguardo do direito de defesa do acionado, com a nomeação a ele de curador especial que, inclusive, ofertou contestação e deduziu recurso de apelação. (...) (Apelação Cível n. 2014.014375-0, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 08.05.2014) (grifou-se).

Também desse último julgado colacionado, extrai-se que “(...) para a validade da citação edital, não é indispensável que se esgotem todos os meios cabíveis ou que sejam promovidas todas as tentativas tendentes à localização do citando, como resulta do conteúdo do art. 232 da Codificação Procedimental Civil, onde estão traçados, de forma taxativa, os requisitos de tal modalidade citatória. Assim, não impõe a lei processual a obrigatoriedade de requerer a parte autora a expedição de correspondências a repartições públicas, com a finalidade de localização do réu tido como em lugar incerto e não sabido. (...)”.

Na esteira dos precedentes citados, não há se falar em irregularidade na citação por edital, afinal, verifica-se nos autos: a) certidão de Oficial de Justiça atestando que a ré mudou-se para lugar incerto; b) alegação da parte autora de que desconhece o paradeiro da requerida; e c) certificação por parte do magistrado de origem de que foram tomadas medidas para se buscar o paradeiro da demandada, não se tendo, no entanto, alcançado êxito.

Nesse cenário, afasta-se a preliminar de nulidade do processo por eventual vício na realização do ato citatório.

2. Ilegitimidade ativa *ad causam*.

Segundo a parte apelante, careceria o autor de legitimidade para figurar no polo ativo da lide, porquanto não comprovada a sua condição de credor dos cheques cujos valores são perseguidos. Nesse contexto, alega que as cártulas cobradas foram emitidas nominalmente à pessoa jurídica “MC”, sendo que não há prova de que a assinatura constante nos versos pertença à pessoa que por ela responda ou que tenha poderes para tanto. De modo que seria irregular o endosso.

A tese aventada não se sustenta.

Analisando os cheques que aparelham o feito (fl. 6), nota-se que estão eles, de fato, nominados à pessoa jurídica “MC”. No verso das cártulas, consta carimbo da empresa, acompanhado de assinatura, ao que tudo indica de seu representante legal, o que denota o endosso em branco.

Em hipóteses tais, não há obrigatoriedade de que o credor (portador do cheque), quando da cobrança judicial do título, faça prova de que a firma aposta corresponda à do representante legal da pessoa jurídica endossante.

O ônus da produção desse tipo de prova cabe ao devedor, a quem incumbe derruir a presunção de legitimidade inerente ao cheque, a teor do que preceitua o art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, aliás, já se manifestou esta Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO MONITÓRIA LASTRADA EM CHEQUES - DEMANDA MOVIDA POR ENDOSSATÁRIO - SENTENÇA REJEITANDO OS EMBARGOS INJUNTIVOS. INSURGÊNCIA DO DEVEDOR - PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE ATIVA - TESE AFASTADA - SUSCITADA IRREGULARIDADE DA ASSINATURA CONSTANTE NO ENDOSSO - AUSÊNCIA DE PROVAS, TODAVIA, DEMONSTRANDO QUE A FIRMA APOSTA NO VERSO DAS CÂRTULAS NÃO PERTENCE AO REPRESENTANTE LEGAL DA PESSOA JURÍDICA, CREDORA ORIGINÁRIA - ÔNUS PROBANTE DE INCUMBÊNCIA DO RÉU (ART. 333, II, DO CPC) - PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DOS TÍTULOS DE CRÉDITO - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA CARTULARIDADE E CIRCULARIDADE - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2007.042373-5, rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, j. em 02.04.2009) (sublinhou-se).

In casu, a devedora apelante sequer suscitou dúvida quanto à legitimidade das assinaturas. Limitou-se a aventar alegação, genérica, diga-se, de que “(...) não restou comprovado nos autos que a pessoa que assinou responde pela empresa endossante, tendo poderes para tal. (...)” (fl. 95).

Não há, no entanto, indício nos autos de que a firma aposta possa pertencer a pessoa alheia à endossante.

Destarte, é de ser afastada a alegação de ilegitimidade ativa *ad causam* do demandante.

A propósito, cita-se, *mutatis mutandis*:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. NOTA PROMISSÓRIA. LEGITIMIDADE ATIVA DO PORTADOR DO TÍTULO PARA EXIGIR DO EMITENTE A IMPORTÂNCIA A QUE ELE SE COMPROMETEU AO LANÇAR A CÂRTULA. CONSTATAÇÃO QUE PROVEEM DA EXISTÊNCIA DE ENDOSSO EM BRANCO E DA AUSÊNCIA DE MÍNIMOS ELEMENTOS QUE SUGIRAM QUE A ASSINATURA APOSTA NO VERSO DO TÍTULO NÃO PERTENCE

AO REPRESENTANTE LEGAL DO BENEFICIÁRIO ORIGINAL DA NOTA PROMISSÓRIA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DA CÂRTULA NÃO AFASTADA PELO DEVEDOR. ART. 43 DA LEI UNIFORME. (...) (Apelação Cível n. 2010.002647-6, rel.^a Des.^a Soraya Nunes Lins, j. em 01.08.2013).

Ante o exposto, deve ser mantida incólume a sentença combatida.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 2014.062875-3, da Capital

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MANEJADA POR ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA ATIVA DOS CONSUMIDORES DO BRASIL – APROVAT. CONTRATOS DE CARTÃO DE CRÉDITO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PLEITOS DEDUZIDOS NA EXORDIAL. INCONFORMISMO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 573.232/SC APONTADO COMO PARADIGMA, CUJO DEBATE ENVOLVE APENAS ASSOCIAÇÃO DE CLASSE (ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ACMP). POSICIONAMENTO INAPLICÁVEL AO CASO CONCRETO. POLO ATIVO DA PRESENTE DEMANDA OCUPADO POR ENTIDADE QUE TEM CONSUMIDORES COMO ASSOCIADOS. ART. 82, INCISO IV, DO PERGAMINHO CONSUMERISTA QUE DISPENSA A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS ASSOCIADOS. VERIFICAÇÃO, ADEMAIS, DE QUE A AUTORA PREENCHE OS REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 5º, INCISO V, ALÍNEAS “A” E “B”, DA LEI N. 7.347/85. LEGITIMIDADE ATIVA DEVIDAMENTE CONFIGURADA.

SUSCITADO JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. PLEITO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO QUE ESTÁ UMBILICALMENTE VINCULADO À EXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NA FORMA DE COBRANÇA DO CÔMPUTO EXPONENCIAL DE JUROS. REQUERIMENTO QUE É, INCLUSIVE, SUSCITADO NO BOJO DA PEÇA VESTIBULAR. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 460 DO CÓDIGO DE RITOS. SENTENÇA QUE OBSERVOU OS LIMITES OBJETIVOS DA LIDE. MANUTENÇÃO DO DECRETO NESSA SEARA.

AVENTADO DESCUMPRIMENTO DA REGRA PREVISTA NO ART. 333, INCISO I, DO CÓDIGO BUZAID. TESE INACOLHIDA. CONS-

TATAÇÃO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA MANEJADA EM OPORTUNIDADE TRANSATA QUE DISCUTIU, DENTRE OUTRAS QUESTÕES, A LICITUDE DA EXIGÊNCIA DO ANATOCISMO. FATO PÚBLICO E NOTÓRIO. EXEGESE DO ART. 334, INCISO I, DO DIGESTO PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÕES QUE, QUANTO AO TÓPICO, PRESCINDEM DE PROVA. IMPERATIVA CONSERVAÇÃO DO COMANDO FLAGELADO.

VERBERADA INEXISTÊNCIA DE EXPOSIÇÃO DE FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO (ART. 458, INCISO II E II DO CPC). VERSÃO DESCORTINADA. TUTELA SATISFATIVA QUE APRECIOU, COM BASE EM FUNDAMENTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS, AS QUESTÕES POSTAS AO ESTADO-JUIZ. CUMPRIMENTO DOS DITAMES PREVISTOS NO ART. 458 DO CÂNONE PROCESSUAL CIVIL. DECISUM INALTERADO NO PONTO.

AGITADO PRONUNCIAMENTO GENÉRICO EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INVIABILIDADE DE ALBERGUE. DECRETO QUE, ATENTO ÀS SINGULARIDADES DO PROCEDIMENTO COLETIVO, DIFERIU PARA MOMENTO POSTERIOR A LIQUIDAÇÃO E A CERTEZA DAS OBRIGAÇÕES RECONHECIDAS EM PROL DOS BENEFICIADOS. INTELECÇÃO DO ART. 95 DO MICROSSISTEMA CONSUMERISTA. POSSIBILIDADE DE DETONAÇÃO DE FEITO INDIVIDUAL ALMEJANDO O ENQUADRAMENTO NAS DISPOSIÇÕES VAZADAS NA TUTELA COLETIVA. DECISÓRIO QUE SE MANTÉM HÍGIDO.

REBELDIA IMPROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.062875-3, da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, em que é apelante Banco Citicard S/A, e apelada Associação de Proteção e Defesa Ativa dos Consumidores do Brasil – APROVAT:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, rejeitar as preliminares e negar 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. Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 18 de novembro de 2014.

Carstens Köhler
RELATOR

RELATÓRIO

Banco Citicard S/A interpôs Recurso de Apelação (fls. 198-213) em face da sentença prolatada pelo Magistrado *a quo* (fls. 172-179) que, nos autos da “ação coletiva para declaração de nulidade de cláusulas contratuais – direitos individuais homogêneos com pedido incidental de declaração de inconstitucionalidade” n. 023.08.061831-9, manejada por Associação de Proteção e Defesa Ativa dos Consumidores do Brasil – APROVAT em desfavor do ora Recorrente, restou vazada nos seguintes termos:

À luz do exposto, ACOELHO em parte os pedidos iniciais para:

- a) reconhecer a possibilidade de capitalização de juros, apenas em contratos firmados após 31.03.2000 e desde que haja previsão contratual expressa, respeitada, ainda, a regra estabelecida no REsp 973.827/RS referente ao dudécuplo da taxa de juros mensal;
- b) condenar a empresa ré à devolução simples de eventuais valores cobrados em excesso.

Crendo que há no caso em deslinde, sucumbência recíproca, deixo de condenar o réu nos honorários advocatícios do patrono da empresa autora, uma vez que, pela reciprocidade compensam-se (CPC, artigo 21), dado que a tutela buscada foi parcialmente alcançada no provimento satisfativo.

Custas proporcionais, na forma da lei (CPC, artigo 21, *in fine*).

Em suas razões recursais, a Instituição de Crédito sustenta, em síntese, que: a) o provimento atacado incorreu em vício *extra petita*, por-

quanto o Togado de origem, ao impor à Requerida o dever de restituir eventuais valores cobrados a maior, tratou de condenar em objeto diverso do demandado, violando frontalmente os arts. 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil; b) embora a Autora tenha afirmado no bojo da peça vestibular que inexistem cláusulas nos contratos entabulados pelos Consumidores em que se permita a cobrança do anatocismo, deixa de constituir prova, ainda que mínima, do direito aduzido, descumprindo os ditames do art. 333, inciso I, do Digesto Processual Civil; c) o *decisum*, por não ter indicado os fatos que serviram de base para as conclusões nele apresentadas, deve ser reformado, sob risco de afronta ao art. 458, incisos II e III, do Código Buzaid, bem como dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal; e d) em razão de o Juiz de Direito ter relegado para fase ulterior não só a apuração de valores devidos, mas a própria verificação da existência de cláusula nula e o indébito dela derivado, houve condenação genérica, cuja eficácia está condicionada a evento futuro e incerto, circunstância que é vedada pelo Diploma Processual Civil, nos termos do parágrafo único de seu art. 460.

O Inconformismo foi recebido no seu efeito devolutivo (fl. 221).

Sem o oferecimento das contrarrazões (certidão de fl. 223), os autos ascenderam a este Areópago Estadual.

À fl. 227 facultou-se manifestação à douta Procuradoria-Geral de Justiça, o que foi feito às fls. 230-234 em parecer do doutor Sandro José Neis.

Ato contínuo, o feito veio concluso.

Nos memoriais e na sustentação oral, realizada pelo causídico Pedro Bulcão, o Apelante suscitou a aplicabilidade do decidido no Recurso Extraordinário n. 573.232/SC, que retiraria a legitimidade da Apelada.

É o necessário esboço.

VOTO

A Rebeldia imerece albergue. Explica-se.

Trata-se de ação civil pública ajuizada por Associação de Proteção e Defesa Ativa dos Consumidores do Brasil – APROVAT em desfavor de Banco Citicard S/A, nova denominação social de Credicard Banco S/A, objetivando, em epítome, pela: a) declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Medida Provisória n. 1963/2000, reeditada sob o n. 2170-36/01; b) proclamação de nulidade das cláusulas dos contratos firmados pelo Banco com todos os consumidores de seus serviços no Estado de Santa Catarina, a partir da edição da propalada Medida Provisória, que disponham sobre qualquer tipo de capitalização de juros, incluindo também a aplicação da fórmula de cálculo por meio da Tabela Price; e c) restituição aos consumidores dos valores cobrados indevidamente (fls. 2-21).

Empós a instrução processual de praxe, o Togado *a quo*, por intermédio de provimento jurisdicional satisfativo (fls. 172-179), acolheu em parte os pleitos deduzidos na exordial para: a) reconhecer a possibilidade de capitalização de juros apenas nos contratos entabulados empós 31-3-00 e desde que haja previsão contratual expressa, respeitada, ainda, a regra estabelecida no REsp. n. 973.827/RS, referente ao duodécuplo da taxa de juros mensal; b) condenar o Réu à devolução simples de eventuais valores cobrados em excesso; e c) fixar a sucumbência recíproca entre as Partes, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil, permitindo a compensação dos estipêndios advocatícios.

Inconformado com o teor da r. sentença, o Requerido interpôs o Reclamo *sub examine* (fls. 198-213), almejando, basicamente, o seu conhecimento e provimento, para que sejam julgadas improcedentes as pretensões ventiladas na peça vestibular.

Preambularmente, em se tratando de questão de ordem pública, por dizer respeito à ilegitimidade, face o comando insculpido no art. 267, § 3º, do Código de Ritos, impende repelir a alegação acerca da limitação subjetiva dos efeitos da sentença prolatada no caso em comento.

Para sustentar a sua tese, a Casa Bancária aponta como paradigma o julgamento prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do exame do Recurso Extraordinário n. 573.232/SC, cujo debate envolve a necessidade de associação de classe apresentar autorização expressa individual de cada filiado ou por intermédio de assembleia para ser promovida a ação de caráter coletivo.

Entretantes, razão não ampara o Banco.

Isagógicamente, não se perde de vista o julgamento contido no Recurso Extraordinário n. 573.232/SC, publicado em 19-9-14, com a seguinte ementa:

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.

(Recurso Extraordinário n. 573.232/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 14-5-14, grifou-se).

Sucedo que o objeto do aludido Recurso Extraordinário diz respeito a tratamento de associação de classe – Associação Catarinense do Ministério Público (ACMP) – e não de conjunto de consumidores, o que leva esta relatoria a empreender raciocínio diverso a respeito da porfia,

deixando de compartilhar do posicionamento expendido pela Suprema Corte, porquanto inaplicável *in casu*.

Com efeito, haure-se do art. 82, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor que:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

[...]

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, **dispensada a autorização assemblear**.

Como se vê, o aludido dispositivo dispensa expressamente autorização assemblear, dès que alcançados os demais requisitos, quais sejam, constituição da associação há pelo menos um ano e que incluia entre suas finalidades institucionais a defesa dos interesses e direitos do consumidor.

Aliás, na mesma toada estão as condições vazadas no art. 5º, inciso V, alíneas “a” e “b”, da Lei n. 7.347/85:

Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...]

V – a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) incluia, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

In casu, vislumbra-se que a Associação de Proteção e Defesa Ativa dos Consumidores do Brasil – APROVAT é uma entidade sem fins lucrativos, sendo a data de sua fundação e data do registro do Estatuto junto ao Cartório de Registro de Títulos e Documentos e das Pessoas Jurídicas da Comarca de São João Batista/SC em 5-3-04 e 30-8-04, respectivamente (fls. 22-25).

Ademais, constam como objetivos e atividades sociais da Associação:

[...] Fica autorizada a Associação a propor ações coletivas contra Instituições Financeiras e Bancárias para restituição de perdas relativas à aplicação da capitalização de juros em contratos de mútuo, não prevista expressamente no instrumento da contratação, para todos os acordos firmados anteriormente à edição da Medida Provisória nº. 1.963-17/2000, até os limites da prescrição vintenária; assim como a patrocinar causas cujo objeto seja o de obter a declaração de nulidade das cláusulas contratuais que autorizam o anatocismo em contratos deste jaez, pela declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 e de suas sucessivas reedições; exercendo substituição e/ou representação processual dos associados e agindo, por extensão, em benefício de todos os consumidores do Brasil, podendo promover também a liquidação e execução coletiva da sentença (Ata de Assembleia Geral Extraordinária em 22-4-07, fl. 34).

Como facilmente se percebe, os requisitos de legitimação foram devidamente observados pela Apelada.

A propósito, em caso semelhante manejado pela Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor – ANADEC, o Tribunal da Cidadania já proclamou:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA PARA COMPENSAÇÃO DE CHEQUES DE VALOR IGUAL OU SUPERIOR A CINCO MIL REAIS.

LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO. RESOLUÇÃO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. INOCORRÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO ESPECIAL. ABUSIVIDADE RECONHECIDA.

1. Demanda coletiva proposta por associação nacional postulando o reconhecimento da abusividade da cobrança de tarifa pelo Banco do Estado do Rio Grande do Sul (Banrisul) para a compensação de cheques emitidos com valor igual ou superior a R\$ 5.000,00.

2. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide, não estando o magistrado obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes.

2. A regra do artigo 81, inciso III, do CDC autoriza expressamente a defesa coletiva dos chamados direito individuais homogêneos.

Doutrina e jurisprudência.

3. Não conhecimento do recurso especial quando a orientação do STJ firmou-se no mesmo sentido da decisão recorrida. Súmula n. 83/STJ.

4. A Resolução n. 3.919/10, veda expressamente a cobrança de tarifas em contraprestação de serviços essenciais às pessoas naturais.

5. Não demonstrada a efetiva prestação de serviço especial a justificar a cobrança da referida taxa de compensação de cheques, deve ser reconhecida a sua abusividade.

6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp n. 1.208.567/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 20-2-14).

Destarte, face os argumentos suso vazados e, mesmo ciente este Órgão Fracionário acerca da decisão prolatada no RE n. 573.232/SC em tramitação na Corte Excelsa, repele-se a prefacial de ilegitimidade ativa *ad causam*.

A Financeira sustenta, ademais, que o provimento atacado incorreu em vício *extra petita*, porquanto o Togado de origem, ao impor à Requerida o dever de restituir eventuais valores cobrados a maior, tratou de condenar em objeto diverso do demandado, violando frontalmente os arts. 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil.

Razão não lhe assiste.

Isso porque, como se viu na breve recapitulação alhures vazada, a Postulante manejou a presente ação civil pública pretendendo, em apertado resumo, a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Medida Provisória n. 1963/2000, reeditada sob o n. 2170-36/01, bem como o reconhecimento de nulidade dos clausulamentos dos negócios firmados pela Instituição Financeira com todos os destinatários de seus serviços no Estado Catarinense, a partir da edi-

ção da referida Medida Provisória, que disponha sobre qualquer tipo de anatocismo, incluindo também a aplicação da Tabela Price, com o consequente pedido de repetição do indébito dos valores exigidos illicitamente.

E da análise da tutela jurisdicional guerreada, vislumbra-se que o Togado reconheceu a constitucionalidade das Medidas Provisórias em alteração e, a reboque, conferiu a possibilidade de cômputo exponencial de juros, desde que nos ajustes firmados após 31-3-00 e havendo expressa previsão processual, respeitado, ainda, o entendimento posto no REsp. n. 973.827/RS, referente ao duodécuplo da taxa de juros mensal, esmiuçando, portanto, a porfia nos limites estabelecidos no pórtico inaugural.

Logo, a condenação do Apelante à repetição simples de possíveis valores exigidos em excesso refere-se estritamente a eventual reconhecimento de ilegalidade na cobrança da capitalização.

É dizer, se constatada ocasional cobrança de capitalização fora dos moldes reconhecidos como válidos no presente *decisum*, cabe aos consumidores lesados a devolução da quantia indevidamente arrecadada pelo Banco.

Portanto, e repita-se à exaustão, o requerimento de restituição de valores faz parte das motivações apresentadas na peça vestibular – fl. 20, alínea “b” – razão pela qual não há falar em julgamento fora dos limites objetivos da lide (art. 460 do CPC), como faz crer a Insurgente.

Com efeito, a fim de fulminar qualquer dúvida que eventualmente persista quanto ao tema, abebera-se das lições de Hélio do Valle Pereira, senão confira-se:

No geral, defende-se que a sentença *extra petita* é aquela que defere a prestação jurisdicional em face de pedido não invocado, não havendo autorização legislativa para atuação de ofício. Por exemplo, o autor pede a declaração de um crédito, mas sobrevém condenação; pede-se a anulação de um contrato, mas o juiz o revisa com base na teoria da imprevisão (art. 478 do Código Civil). A congruência que deveria existir entre o pedido e o deferido ficou comprometida.

Deve-se, entretanto, não apenas vislumbrar o vício em consideração ao pedido, mas identicamente em relação aos demais elementos da ação, ou mesmo em face dos termos da defesa (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, n. 275). Então, será *extra petita* a sentença que: a) deferir *pedido* diverso do *exposto* pelo autor; b) deliberar a respeito de *parte* não integrante do processo; c) considerar *causa de pedir* não invocada pelo autor; d) levar em conta *exceção* (ou seja, fundamento defensivo que não pode ser conhecido de ofício [...]) não apresentado pelo réu. Em outros termos, o juiz ignora tais elementos e elege outros.

(*Manual de direito processual civil*: roteiros de aula – processo de conhecimento. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 713-714, gizou-se).

Assim, inexistindo qualquer das hipóteses aventadas acima, é de se reafirmar a higidez do decreto açoitado, repelindo-se a tese de julgamento *extra petita*.

Noutro giro, advoga o Banco que, embora a Autora tenha afirmado no bojo da peça vestibular que inexistem cláusulas nos contratos entabulados pelos Consumidores em que se permita a cobrança do anatocismo, deixa de constituir prova, ainda que mínima, do direito aduzido, descumprindo os ditames do art. 333, inciso I, do Digesto Processual Civil.

Mais uma vez, a sorte não está do seu lado.

Inicialmente, é forçoso consignar que os negócios jurídicos em voga referem-se, tão somente, aos contratos de cartão de crédito (crédito rotativo).

Tal premissa deflui da leitura dos termos aduzidos na peça defensiva colacionada às fls. 87-108, mais especificamente dos seus tópicos 6 e 7, nos quais o Banco defronta o mote revisional sob a ótica dos ajustes de cartão de crédito.

Adite-se a isso que, ao mesmo tempo em que a Demandante é silente na exordial quanto às espécies de acordos que almeja a eventual revisão, aquiesce, em sede de réplica (fls. 128-149), à modalidade de cartão de crédito.

Consequentemente, é sob esse prisma – ajustes de cartão de crédito – que o deslinde da *quaestio* será enfocado.

Pois bem, em consulta ao Sistema de Automação do Judiciário – SAJ, verifica-se que, em oportunidade transata, o tema referente ao cômputo exponencial de juros já foi objeto de discussão, em virtude da detonação de ação civil pública pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC em face de Banco Credicard S/A, na defesa de hipossuficientes de todo o território nacional.

Esmiuçando o teor da aludido feito, mais precisamente no julgamento do Recurso de Apelação interposto pelo IDEC, registrado sob o n. 7.141.351-7-SP, denota-se o reconhecimento da abusividade na prática do anatocismo, inclusive, referente à mesma espécie de contratos bancários (cartão de crédito).

Leia-se, *ipsis literis*, a ementa do aludido acórdão:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – IDEC é parte legítima ativa para, em nome próprio, defender os interesses dos seus associados – Inteligência dos artigos 1º, inciso IV e 5º, I e II, da Lei nº 7.347/85 e artigos 82, IV e 117 da Lei 8.078/90 – Usuários de cartões de crédito da Requerida – Nulidade da cláusula mandato por afronta ao disposto no art. 51, inciso VIII, do CDC – Por ser equiparada a instituição financeira, para as administradoras de cartão de crédito não se aplica o limite de juros de 12% ao ano – Vedada a capitalização de juros (anatocismo) – Illegal e irregular a inscrição, de forma genérica, dos consumidores em débito com as Administradoras de cartões de crédito – Recurso parcialmente provido.

(Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 7.141.351-7-SP, Décima Nona Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Hatanaka, j. 4-3-08, sublinhou-se).

Não obstante, o art. 334, inciso I, do Digesto Processual Civil dispõe que: “Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados

por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade” (destacou-se).

A par disso, em tendo sido reconhecido, em outro feito, no mínimo, a existência de cômputo exponencial de juros nos negócios jurídicos (contratos de cartão de crédito) entabulados com os seus respectivos consumidores, naufraga a versão do Réu, no sentido de descumprimento do art. 333, inciso I, do *Codex* de Ritos.

Em outras palavras: por ser a prática de anatocismo pela Instituição de Crédito fato público e notório, tem-se que as alegações da Autora prescindem de produção probatória, forte no art. 334, inciso I, do Diploma Processual Civil, sendo inaplicável, quanto ao tema (cômputo exponencial de juros), a regra do art. 333, inciso I, do mesmo Diploma.

De mais a mais, sustenta a Instituição Financeira que o *decisum*, por não ter indicado os fatos que serviram de base para as conclusões nele apresentadas, deve ser reformado, sob risco de afronta ao art. 458, incisos II e III, do Código Buzaid, bem como dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Todavia, razão não lhe socorre, e o motivo dormita na ordem das singlezas franciscanas.

Conferindo pormenorizadamente os termos da tutela jurisdicional entregue na origem, constata-se que o Julgador, além de ter demonstrado as circunstâncias que formaram o seu juízo de convicção, expôs fundamentação legal e jurisprudencial para afastar e acolher os pedidos formulados pelos Contendores, analisando, assim, as questões de fato e de direito.

Não se olvida de destacar, ademais, que o decreto contou com o relatório, fundamentação e parte dispositiva, cumprindo a íntegra dos ditames do art. 458, incisos I, II e III, do Código de Ritos.

Ora, alegar, ainda que por vias transversas, que o Magistrado cerceou o direito de defesa de uma das Partes ou, então, inobservou o contraditório seria, no mínimo, temerário.

A tutela satisfativa ora combatida oportunizou, à medida que fundamentadamente refutou ou acolheu os requerimentos postos ao Estado-Juiz, o direito às Partes de combaterem as posições nela presentes.

Tanto o é que o Banco se valeu de duas investidas processuais almejando a modificação do *decisum* vergastado, a saber, os Embargos de Declaração (fls. 184-190) e a Apelação Cível ora *sub examine* (fls. 198-213).

Desse modo, o comando flagelado merece ser preservado nos seus termos, porquanto apresentado de forma fundamentada e coerente aos Litigantes, oportunizando-lhes a tomada das medidas processuais que entendessem cabíveis.

Também, argumenta o Apelante que, em virtude de o Juiz de Direito ter relegado para fase ulterior não só a apuração de valores devidos, mas a própria verificação da existência de cláusula nula e o indébito dela derivado, houve condenação genérica, cuja eficácia está condicionada a evento futuro e incerto, circunstância que é vedada pelo Diploma Processual Civil, nos termos do parágrafo único de seu art. 460.

Mais uma vez, a pretensão do Requerido encontra-se desamparada de razão.

Inaugura-se a discussão transcrevendo o art. 95 do Pergaminho Consumerista, que dispõe com clareza solar: “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados” (destacou-se).

Note-se que o próprio legislador, ciente da extensão e da finalidade das tutelas coletivas, concebeu a possibilidade de o provimento jurisdicional entregue nelas ser acometido por generalidade, diferindo-se à fase de liquidação individual a perfectibilização da certeza e da liquidez da obrigação reconhecida.

Não obstante, haure-se das ensinanças de Fredie Didier Jr., bastante elucidativas sobre o tema, anota-se:

1.3. A liquidação da sentença genérica proferida em processo em que se discutem direitos individuais homogêneos

A sentença de procedência na ação coletiva para reparação de danos envolvendo direitos individuais homogêneos costuma ser, em regra, genérica (art. 95 do CDC); “não há possibilidade, diante da lei posta, de os legitimados obterem sentença que contenha condenação cujo *quantum* já esteja definido”.

[...]

A liquidação da sentença de condenação genérica, em tais casos, tem as suas peculiaridades.

A mais importante delas, sem dúvida, diz respeito à extensão do seu *thema decidendum*: nesta liquidação, apurar-se-ão a titularidade do crédito e o respectivo valor. Não se trata de liquidação apenas para a apuração do *quantum debeatur*, pois. Em razão disso, foi designada de “liquidação imprópria”. Trata-se de lição assente na doutrina brasileira.

Nesta liquidação, serão apurados: a) os fatos e alegações referentes ao dano individualmente sofrido pelo demandante; b) a relação de causalidade entre esse dano e o fato potencialmente danoso acertado na sentença; c) os fatos e alegações pertinentes ao dimensionamento do dano sofrido.

Outro destaque, efetuado por Cândido Dinamarco, refere-se ao conteúdo da sentença de liquidação, que terá duas declarações: a) a de que o demandante é credor de uma indenização; b) e de que o valor desta é apurado em conformidade com o procedimento de liquidação e a sentença genérica. Com isso teremos a certeza da obrigação, com a definição do titular do direito, e o valor correspondente, liquidez (DIDIER JR., Fredie. *Curso de processo civil*: processo coletivo. 9ª ed., v. 4. Bahia: Editora Jus Podivm, 2014. p. 353-354, sublinhou-se).

Com isso, a versão guindada pelo Inconformado, de que a sentença vergastada é genérica, não pode em hipótese alguma ser chancelada, pois, ainda que possibilitado aos beneficiados pelo decisório reclamar o direito que lhes é peculiar em sede de demanda individual, tal proceder

se encontra sob as vestes das singularidades do procedimento inerente às demandas coletivas, nos termos dos arts. 91 a 100 do Microsistema Consumerista e das disposições contidas na Lei n. 7.347/85.

Por óbvio, inviável cogitar que o decreto fustigado condicionou a sua eficácia a evento futuro e incerto, pois tratou, tão somente, de reconhecer o direito acossado pela Autora, facultando aos eventuais empenhados a liquidação da sua respectiva obrigação, o que, como se afirmou, poderá ser feito no bojo da lide individual.

Em remate, a única solução viável ao caso em comento é a manutenção, na íntegra, do *decisum* recorrido e o desprovimento do Apelo intentado pelo Banco.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, rejeitam-se as preliminares e nega-se albergue ao Inconformismo.

Apelação Cível n. 2014.033129-0, de Criciúma

Relator: Des. José Inacio Schaefer

DANO MORAL. Sustação cautelar. Declaratória cumulada com indenização. Improcedência. Inconformismo da autora. Conserto de ar-condicionado. Orçamento. Inobservância. Duplicata. Protesto. Abusividade. Abalo à imagem. Verba reparatória devida. Sucumbência invertida. Apelo provido.

A falta de transparência por parte da apelada em observar o orçamento inicialmente repassado, aliado à prova de que os serviços e produtos fornecidos por ela não foram a contento, inviabiliza o protesto da duplicata emitida indevidamente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.033129-0, da comarca de Criciúma (1ª Vara Cível), em que é apelante Comercial de Tecidos Triunfante Ltda., e apelado MDR Comércio de Refrigeração e Assistência Técnica Ltda.:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. José Carlos Carstens Köhler, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 09 de dezembro de 2014

José Inacio Schaefer
RELATOR

RELATÓRIO

Comercial de Tecidos Triunfante Ltda. apelou da sentença que julgou conjuntamente declaratória de inexistência de débito cumulada com danos morais e cautelar de sustação de protesto que moveu em face de MDR Comércio de Refrigeração e Assistência Técnica Ltda., sustentan-

do que o ato notarial seria indevido, motivo pelo qual pediu fosse arbitrada verba reparatória. Alternativamente, pugnou fossem reduzidos os honorários advocatícios (fls. 123/133).

O recurso foi recebido no duplo efeito (fl. 136).

Nas contrarrazões pleiteado o desprovemento do reclamo (fls. 139/146).

VOTO

A sentença dispôs:

Julgo improcedente a presente medida cautelar, revogando a liminar deferida nos autos, condenando a requerente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 1.200,00, nos termos dos §§ 3º e 4º, do artigo 20, do CPC;

Julgo improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 5.000,00, nos termos dos §§ 3º e 4º, do artigo 20, do CPC (fls. 119/120).

A autora divergiu desta solução, repisando que o protesto seria indevido pois, em que pese tenha pago os valores exigidos pela apelada, esta não teria solucionado o problema para o qual foi contratada, qual seja, o conserto dos condicionadores de ar (split).

Das contrarrazões constou:

[...] todos os fatos alegados na defesa comprovam que a apelada apenas forneceu as peças, não se responsabilizando pela instalação, e além do mais, a apelante não efetuou o pagamento do boleto na data procrastinada, tendo assim a apelada encaminhado o título para protesto (fl. 141).

A decisão recorrida assentou:

In casu, colhe-se dos autos que a autora alegou em sua inicial que contratou os serviços da ré para que ela promovesse o conserto dos aparelhos de ar-condicionado instalados em seus estabelecimento.

Ocorre que, no entanto, o documento juntado à folha 30 (o qual deu origem ao título levado a protesto), demonstra claramente que a relação havida entre a autora e a ré se limitou à venda de peças de reposição, não incluindo, por

consequente, mão de obra para a instalação, a qual foi promovida por uma terceira empresa que não se confunde com a ré, não restando demonstrado, nos autos qualquer relação intrínseca entre elas. [...]

Nestes termos, denota-se que as peças fornecidas pela ré à autora eram novas, não havendo nos autos qualquer indício de prova que leve a crer no contrário, ônus que competia à autora, valendo ressaltar, inclusive, que foi proporcionado a ela a produção de prova pericial técnica (folha 78), para apurar o estado das peças, a qual restou prejudicada ante a inércia da autora (folha 101). [...]

Portanto, conclui-se que a relação havida entre a autora e a ré se limitou a compra de peças para reposição, peças estas novas, sendo que os problemas apresentados pelos aparelhos se deram, não por conta das peças repostas, mas por outras questões alheias aos autos, não sendo, assim, de responsabilidade da ré (fls. 117/119).

De acordo com a versão apresentada na peça inaugural da declaração, a autora teria contratado a demandada para consertar condicionador de ar no seu estabelecimento, em dezembro de 2009, tendo o primeiro orçamento sido de R\$ 1.600,00 (mil e seiscentos reais), oportunidade em que foi informado que o problema era nos ventiladores.

Depois de paga a primeira parcela no valor de R\$ 470,00 (quatrocentos e setenta reais), o defeito persistiu, razão pela qual sobreveio outro contato. Em nova avaliação, a ré teria diagnosticado a necessidade de trocar o compressor, orçando para tanto o valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais), o qual foi devidamente pago conforme recibo de fl. 13. No entanto, o aparelho continuou sem funcionamento, motivo por que foi acionada pela terceira vez. Nesta ocasião, informou sobre a necessidade de se fazer uma limpeza e, para execução deste serviço, cobrou um valor ainda maior.

Contudo, inobstante ter recebido R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) e nada mais ter a receber, a demandada teria encaminhado duplicata a protesto, no valor de R\$ 1.600,00 (mil e seiscentos reais). Quantia esta

que seria indevida “em função da má prestação de serviço” por parte da MDR Comércio de Refrigeração (fl. 03). Em vista disso, a autora pleiteou indenização por danos morais. Para corroborar sua alegações acostou recibos de pagamento nos valores de R\$ 470,00 (quatrocentos e setenta reais) e R\$ 800,00 (oitocentos reais), devidamente assinados e cópia da intimação do protesto (fls. 11/13).

A demandada, na peça de defesa, sustentou que: a) teria fornecido equipamentos para o sistema de climatização, a pedido de Fábio Mendes, funcionário da empresa Eletro Klim; b) os recibos acostados pela autora fariam referência tão somente ao pagamento dos serviços prestados pelo Fábio e não pelos produtos fornecidos, os quais estariam discriminados na nota fiscal de fl. 30. Por estas razões, o protesto seria legítimo.

Segundo esta versão, entre a prestadora de serviço e a fornecedora contestante não haveria “vínculo algum” (fl. 21). Isso porque como o ar condicionado não funcionou (inobstante a troca das peças), a pedido da prestadora de serviços (na pessoa do Fábio), os técnicos da requerida teriam comparecido nas dependências da autora e constatado a falta de limpeza na evaporadora, a qual não foi possível verificar em visita anterior pelo fato de o compressor estar queimado (fl. 22). Nesta oportunidade, teria sido fornecido novo orçamento à adquirente que ao “saber que o custo da manutenção excederia o valor passado anteriormente, disse que não iria pagar por nenhum serviço” (fl. 22).

Na réplica, destacado que foi a ré “quem encaminhou o Sr. Fábio para tentar solucionar o problema no ar condicionado” (fl. 34). Além disso, a nota fiscal não possuiria “assinatura comprovando a entrega dos produtos ali descritos” (fl. 35).

Cotejando a linha de raciocínio da contestação com a prova documental constante do processo, possível observar que havia sim um vínculo entre a prestadora de serviços e a fornecedora das peças, pois do

contrário como esta atenderia ao pedido de fornecimento de peças e/ou encaminharia seus técnicos a pedido de terceiro (prestador de serviço)?

Importante destacar, ainda, que a requerida buscou arrimar sua versão nos documentos carreados à inicial, onde um dos recibos, emitido no valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais), refere-se à “entrada de um compressor para ar condicionado de 60.000 Btu’s” (fl. 13). Ora, se a nota fiscal acostada com a peça de defesa traz, dentre outros produtos, a descrição de um compressor, no valor de R\$ 835,00 (oitocentos e trinta e cinco reais), por óbvio que o valor pago de entrada deveria ser abatido.

Inobstante a prova oral tenha sido contraditória dela se pode extrair, em síntese, que as peças foram fornecidas pela apelada e os serviços prestados pela empresa de Fábio Mendes, o qual embora tenha declarado que os recibos que forneceu “não faziam referência às peças da ré” (fl. 54), o conteúdo de um deles, como já referido, o desmente (fl. 13). Em que pese este, como aquele representante da fornecedora das peças tenham procurado se eximir de responsabilidades, à evidência que os serviços e produtos fornecidos na primeira oportunidade não foram a contento e exigiram novas chamadas, onde orçadas novas despesas, o que ocasionou a divergência. A razão disto é a falta de transparência por parte da apelada e seu prestador de serviço, em observar o orçamento inicialmente repassado.

O artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor prevê que “o fornecedor de produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos”. Por sua vez, o artigo 39, inciso VI, veda aos referidos executar estes sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes.

Por isto, analisando esta disposição com o artigo 40 do mesmo diploma legal, a prova amealhada, seja ela documental ou oral, favorece a

versão trazida pela autora. Isso porque a remessa da duplicata a protesto, nas circunstâncias em causa foi abusiva, ensejando reparação pelos transtornos suportados eis que a recorrente necessitou buscar amparo judicial para sustar a constituição em mora (cautelar n. 020.10.009242-0), o que sem dúvida representou, também, abalo à sua imagem. Logo, as demandas (declaratória e cautelar) são procedentes.

A tarefa de quantificar o dano moral, na falta de um valor estabelecido na lei, foi confiada ao julgador. A doutrina, em consonância com a jurisprudência, tem alçado alguns parâmetros. Pelo critério da proporcionalidade, têm merecido destaque as condições financeiras de quem reclama a indenização e o porte de quem está obrigado a reparar; as circunstâncias do ato lesivo, como o grau de culpa deste, a gravidade objetiva do dano e da falta.

A ofendida é comércio varejista de artigos de armarinho, com capital social de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais – fl. 09). A ofensora, por outro lado, é empresa especializada em peças e acessórios para aparelhos eletroeletrônicos, cujo capital social deixou de ser informado nos autos. Assim, tendo em conta que o protesto foi abusivo, tenho como suficiente e necessária a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para reparar os danos experimentados. Referido valor será atualizado monetariamente pelo INPC a partir desta decisão, com juros de mora de 1% ao mês desde a data do evento danoso (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça).

Ante o acolhimento da insurgência, arca a demandada com a integralidade das custas e despesas processuais, em ambas as demandas, arbitrados honorários aos procuradores da apelante em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, englobando declaratória e cautelar, mormente tendo em conta a natureza das ações que tramitam desde abril de 2010 e os atos processuais praticados (art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC).

Por todo exposto, voto para dar provimento ao recurso.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação cível n. 2011.088905-3, de Navegantes

Relator Designado: Des. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. DIREITO DE MARCA. MOTORES ESTACIONÁRIOS. IMPORTAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE MOTORES DA MARCA “MOTOMIL”. CONCORRÊNCIA DESLEAL NÃO EVIDENCIADA. IMITAÇÃO DE CORES QUE, POR SI SÓ, NÃO SUPORTA O PEDIDO INICIAL. ARTIGO 5º, INCISO XXVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGOS 195, INCISO III, E 209 DA LEI N. 9.279, DE 14.5.1996, E ARTIGO 10 BIS DA CONVENÇÃO DA UNIÃO DE PARIS. IMPOSSIBILIDADE DE O CONSUMIDOR SER LEVADO A ERRO. FRAUDE NÃO COMPROVADA. NECESSIDADE DE SE GARANTIR O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA ESTABELECIDO NO ARTIGO 170, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO PROVIDO.

1. As cores, por si sós, não constituem função essencial da marca, o que as afasta da proteção da Lei n. 9.279, de 14.5.1996.
2. A pretexto de tutelar a concorrência desleal, não se admite a tutela do lucro, este que constitui um dos princípios gerais da atividade econômica.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 2011.088905-3, da comarca de Navegantes (1ª Vara Cível), em que é apelante Garthen Indústria e Comércio de Máquinas Ltda. e, apeladas, Honda Giken Kogyo Habushiki Kaisha (Honda Motor Co. Ltd.) e outro:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por maioria de votos, dar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 5 de dezembro de 2013, foi presidido pelo desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, com voto vencedor, e dele participou o juiz Guilherme Nunes Born.

Florianópolis, 9 de dezembro de 2013.

Jânio Machado
RELATOR

RELATÓRIO

Os pedidos formulados por Honda Giken Kogyo Kabushiki Kaiha (Honda Motor Co. Ltd.) e Moto Honda da Amazônia Ltda. em face de Garther Indústria e Comércio de Máquinas Ltda. foram acolhidos por sentença (fls. 1258/1272), o que se fez para o fim de:

“**a) determinar** às rés que cessem definitivamente a importação, comercialização, exibição, distribuição, promoção e divulgação dos motores MOTOMIL 168F, ou qualquer outro que caracterize reprodução não autorizada das características dos motores HONDA GX;

b) condenar a demandada a pagar uma indenização às autoras em razão das práticas de concorrência desleal, cujo valor deverá ser liquidado por arbitramento, observado o art. 210 da Lei 9.279/96;

c) obrigar a requerida a recolher do mercado os motores MOTOMIL 168F, ou qualquer outro que caracterize reprodução não autorizada das características dos motores HONDA GX;

d) condenar a ré ao pagamento da multa por descumprimento de decisão judicial, no valor diário de R\$5.000,00, no período de 12/3/2009 a 13/5/2009, incluindo-se o primeiro e o último dia.

Mantenho a liminar, fls. 707-709.

Em face da sucumbência, **condeno** a ré ao pagamento de das custas processuais, a ressarcir às autoras as despesas havidas em razão do laudo pericial e da ata notarial, bem como a pagar os honorários advocatícios dos patronos

das autoras, que fixo em R\$5.000,00 (cinco mil reais), atendidas as alíneas do parágrafo 3º do art. 20 do CPC, bem como o parágrafo 4º desse artigo.”.

Os embargos de declaração opostos pelas autoras (fls. 1275/1279) e pela requerida (fls. 1281/1286) foram julgados por decisão única (fls. 1288/1292), sendo rejeitados os desta e acolhidos os daquelas para o fim de:

“**e) cominar** multa de R\$5.000,00 (cinco mil reais), por dia, para o caso de descumprimento do item “a” do dispositivo da sentença, com fundamento nos artigos 287 e 461, do Código de Processo Civil; e,

f) determinar seja comunicada, por escrito, a Secretaria da Receita Federal de que a empresa Garthen Indústria e Comércio de Máquinas Ltda., está, nos termos da sentença proferida nos autos do processo n. 135.06.001587-3, proibida de importar da China motores ‘MOTOMIL 168F’ ou qualquer outro que caracterize reprodução não autorizada dos motores ‘ HONDA GX’, fabricados por Honda Giken Kogyo Kabushiki Kaiha (Honda Motor Co. Ltd.) e Moto Honda da Amazônia Ltda. Remeta-se cópia da sentença e da decisão dos embargos declaratórios.

Deve a sentença, no mais, permanecer como fora lançada.”.

Irresignada, a requerida interpôs recurso de apelação cível (fls. 1294/1332) com os seguintes fundamentos: a) a antecipação da tutela deve ser revogada porque as modificações já realizadas “alteraram significativamente a aparência de seus produtos”; b) houve cerceamento de defesa; c) não há concorrência desleal e d) não cabe a imposição de multa.

As autoras interpuseram embargos de declaração (fls. 1338/134), que foram rejeitados (fl. 1365).

Com a resposta das apeladas (fls. 1342/1363) os autos vieram a esta Casa.

VOTO

A ação proposta, nominada de “indenizatória com pedido liminar”, pretende, em verdade, a obtenção de preceito cominatório, consistente na proibição de a requerida continuar a importar, comercializar,

exibir, distribuir, promover e divulgar “os motores MOTOMIL 168F ou qualquer outro que caracterize reprodução não autorizada das características dos motores HONDA GX”. A pretensão indenizatória, assim como o preceito cominatório, tem por fundamento a prática da concorrência desleal, citando-se, de forma expressa, na petição inicial, a violação ao disposto no artigo 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal, artigos 195, inciso III, e 209, ambos da Lei de Propriedade Industrial, artigo 10 bis da Convenção da União de Paris e aos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002.

O fato concreto e apurado no decorrer da instrução constitui a importação da China, pela empresa apelante, do motor estacionário, a gasolina, modelo 168F, que teria as mesmas especificações técnicas daquele outro industrializado e comercializado pela empresa apelada.

O perito judicial, efetivamente, constatou a similaridade entre os dois produtos, inclusive no tocante às especificações técnicas (fls. 1.108/1.109), fato incontroverso e que, para o caso aqui examinado, não se reveste de qualquer importância. Afinal, não se está tratando de violação a direito de patente, o que sequer possui a apelada, conforme o que foi afirmado pelo perito (resposta ao quesito n. 2, de fl. 1.114) e o que se extrai da prova autuada.

A aparência visual e externa é o que estaria incomodando a apelada, a ponto de aventar a prática da concorrência desleal.

Antes de qualquer outra consideração, reproduz-se os fundamentos legais invocados na petição inicial para o efeito de verificação da possibilidade de acolhimento dos pleitos cominatório e indenizatório:

Artigo 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;”.

Artigos 195, inciso III, e 209, da Lei de Propriedade Industrial:

“Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

(...)

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

(...).”

“Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

§ 1º Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória.

§ 2º Nos casos de reprodução ou de imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada.”.

Artigo 10 bis da Convenção da União de Paris:

1) Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal.

2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.

3) Deverão proibir-se particularmente:

1º. todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;

2º. as falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;

3º. as indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias.”.

Artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”.

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”.

Não se consegue compreender qual a obra pertencente à apelada que estaria sendo violentada pela apelante, se o que esta fez foi importar equipamento similar ao produzido por aquela, sem que isso implicasse em afronta a direito de marca validamente registrado.

O crime de concorrência desleal, na modalidade tipificada no inciso III do artigo 196 da Lei n. 9.279, de 14.5.1996, pressupõe o emprego de meio fraudulento para o fim específico de desviar, em proveito próprio, a clientela de outrem.

Mas, qual a fraude praticada pela apelante?

Nenhuma, é o que se extrai dos autos, exceto se o que se pretende é garantir o monopólio do mercado de motores estacionários em favor da apelada. E aí já estaremos falando de ofensa a preceito de natureza constitucional e relacionado à livre concorrência (artigo 170, inciso IV).

E como falar-se em prática que caracterize concorrência desleal, em uma das modalidades tipificadas no artigo 10 bis da Convenção da União de Paris, se nos motores importados e comercializados pela ape-

lante consta, de modo legível e muito claro, que se trata de um motor da marca MOTOMIL 168F?

A pretexto de se garantir a concorrência desleal, não se pode imiscuir na atividade econômica para o fim único de tutelar o lucro de uma determinada empresa, em manifesta e afrontosa tentativa de burlar a livre concorrência, o que já foi dito pela Câmara em outra oportunidade:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE MARCA. FABRICANTES DE MASSAS ALIMENTÍCIAS. CRIMES CONTRA O REGISTRO DE MARCA NA IMITAÇÃO DAS CORES DA EMBALAGEM E DE CONCORRÊNCIA DESLEAL NO EMPREGO DE MEIO FRAUDULENTO PARA DESVIO DA CLIENTELA. ARTIGOS 189, INCISO I, E 195, INCISO III, DA LEI N. 9.279, DE 14.5.1996. USO DE EMBALAGEM SUPERFICIALMENTE SEMELHANTE NA COR, MAS INCAPAZ DE LEVAR O CONSUMIDOR A ERRO. DESVIO ILÍCITO DE CLIENTELA QUE OS AUTOS NÃO EVIDENCIAM. NECESSIDADE DE SE GARANTIR O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA ESTABELECIDO NO ARTIGO 170, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. As cores, por si sós, não constituem função essencial da marca, o que as afasta da proteção da Lei n. 9.279, de 14.5.1996.

2. A pretexto de tutelar a concorrência desleal, não se admite a tutela do lucro, este que constitui um dos princípios gerais da atividade econômica” (Apelação Cível n. 2008.032709-6, de Santa Rosa do Sul, de minha relatoria, j. em 31.5.2012. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2013).

Enfatiza-se: as cores, o “design” e outros característicos externos do produto industrializado e comercializado pela apelada não foram – e nem poderiam ser – registrados no INPI.

Sobreleva considerar o fato de que o equipamento sobre o qual recai a controvérsia não é daqueles em que o consumidor pode ser levado a erro por uma similaridade de cores. Trata-se de equipamento de uso restrito e direcionado a um segmento específico, cuja aquisição é sempre

precedida de negociação e ampla colheita de informações. Não é um vasilhame qualquer que o consumidor desavisado retira da prateleira do supermercado, induzido a erro pela coincidência de cores ou formato.

A tentativa de levar o juízo a acreditar que, por se tratar de um país continental e cujos habitantes, em sua grande maioria, é composta de anal-fabetos funcionais, a grande massa de consumidores seria induzida a erro porque as cores do produto industrializado e comercializado pela apelada poderia ser confundido com aquele outro importado e comercializado pela apelante, é frustrante e agride o senso comum (fls. 1.111 e 1.112).

A ausência de comportamento que caracterize violação ao direito de marca, bem ainda de concorrência desleal, inviabiliza qualquer tentativa de impedir que a apelante continue a importar, comercializar, exibir, distribuir, promover e divulgar os motores MOTOMIL 168F. E inexistente o ato ilícito, fica afastada, de igual modo, qualquer possibilidade de se impor à apelante a obrigação de indenizar.

Com essas considerações, por maioria de votos, vencido o eminente juiz Guilherme Nunes Born, dá-se provimento ao recurso, ficando invertido o ônus da sucumbência.

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 aos artigos 2º, inciso V, e 195, da Lei n. 9.279/96, aos artigos 273, “caput”, § 2º, § 3º, e 525, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, aos artigos 1º, incisos I e II, 3º, incisos I, II, III, 4º, inciso I, 5º, incisos II, XIII, XXXV, XXXIV, LIV, 170, inciso IV, parágrafo único, 173, § 4º, todos da Constituição Federal, os quais foram, mesmo que implicitamente, aqui examinados e considerados para o resultado final.

*Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Juiz de Direito Substituto
Segundo Grau: Guilherme Nunes Born*

Ementa Aditiva

AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONCORRÊNCIA DESLEAL.

PRELIMINARES.

CERCEAMENTO DE DEFESA. PRETENSÃO DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL COM O INTUITO DE DEMONSTRAR NÃO TER HAVIDO CONCORRÊNCIA DESLEAL. INSTRUÇÃO INÓCUA PARA O FIM ALMEJADO. SUBSTRATO PROBATÓRIO SUFICIENTE.

EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA PROIBITIVA PARA OUTRAS EMPRESAS QUE TAMBÉM TRABALHAM COM O MESMO PRODUTO. IMPOSSIBILIDADE. PRODUÇÃO DOS EFEITOS SOMENTE A QUEM FOI PARTE NO PROCESSO (ART. 472 DO CPC). ADEMAIS, AUSENTE A LEGITIMIDADE E O INTERESSE PROCESUAL PARA O PLEITO.

MÉRITO.

PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA (ART. 170, IV, DA CF) PRESERVADO. COMANDOS SENTENCIAIS QUE ATINGIRAM A CONCORRÊNCIA DESLEAL (LEI N. 9.279/96).

CONCORRÊNCIA DESLEAL CARACTERIZADA. IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE MOTORES CHINESES PELA REQUERIDA IDÊNTICOS AOS PRODUZIDOS PELA AUTORA. PERÍCIA CONCLUSIVA NO SENTIDO DE IMITAÇÃO DO CONJUNTO-IMAGEM DOS PRODUTOS DA AUTORA. CRIAÇÃO DE CONFUSÃO NA MENTE DOS CONSUMIDORES. EVIDENTE INTENÇÃO DE SE APROVEITAR DA CLIENTELA DA AUTORA. COMPORTAMENTO COMBATIDO PELA LEI N. 9.279/96, QUE PROTEGE A PROPRIEDADE INDUSTRIAL.

Caracteriza concorrência desleal, a prática de atos que visam criar confusão entre produtos ou desviar, em proveito próprio ou alheio, a clientela de outrem (AC n. 2002.024818-0 e n. 2004.001288-8, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. 16-3-2006).

DESVIO DE CLIENTELA. COMPROVAÇÃO DIRETAMENTE VINCULADA COM OS PREJUÍZOS CAUSADOS. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. AMPARO LEGAL À INDENIZAÇÃO PLEITEADA (ART. 210 DA LEI N. 9.279/96). LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA QUE SE IMPÕE.

MULTA FIXADA EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MANUTENÇÃO. COMPROVAÇÃO DE QUE A REQUERIDA MANTEVE ANÚNCIO DE VENDAS DO EQUIPAMENTO EM SEU SITE, MESMO APÓS CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR PELO TRIBUNAL.

RELATÓRIO

1.1) Da inicial.

Honda Giken Kogyo Kabushiki Kaisha (Honda Motor CO. Ltda.) e Moto Honda da Amazônia Ltda. ajuizaram “ação indenizatória” em face de Garthen Indústria e Comércio de Máquinas Ltda. alegando que a requerida pratica concorrência desleal, porque reproduz aspecto visual de um tipo específico dos seus motores.

Relatou que produz e comercializa motores designados HONDA GX, os quais estão no mercado há longos anos, sendo líderes na sua categoria, o que faz com que o consumidor brasileiro esteja familiarizado com as peculiaridades e especificações do produto, tais como tamanho, forma e aspecto visual.

Narrou que a requerida passou a importar e comercializar recentemente motores MOTOMIL 168F, os quais reproduzem as especificações, características, configurações e *design* dos motores HONDA GX, implicando em nítida concorrência desleal, comportamento este combatido pela Lei de Propriedade Industrial n. 9.279/96 (art. 2º, V).

Argumentou que concorrência desleal ocorre justamente quando se busca imitar a aparência do produto, de modo que confunda o consumidor a ponto de adquirir um produto (o imitador) ao invés de outro (o imitado). Assim, a similaridade faria com que perdesse consumidores.

Advogou a tese de que seu direito à indenização independe da matéria de fato, da comprovação dos danos, decorrendo diretamente do simples reconhecimento do ato ilícito.

Pediu, liminarmente, a cessação imediata da importação, comercialização, exibição, distribuição, promoção e divulgação dos motores MOTOMIL 168F ou qualquer outro que caracteriza reprodução não autorizada das características dos motores HONDA GX. Ainda, o recolhimento dos motores, a busca e apreensão e a comunicação à Secretaria da Receita Federal informando que a requerida não está autorizada a importar da China referidos motores.

Ao final, busca: I) a cessação definitiva da importação, comercialização, exibição, distribuição, promoção e divulgação dos motores MOTOMIL 168F ou qualquer outro que reproduz os motores HONDA GX; II) a indenização em razão da prática de concorrência desleal; III) o recolhimento dos motores do mercado; IV) a comunicação à Secretaria da Receita Federal a respeito da proibição de importação dos equipamentos em questão (fls. 2/26).

Valorou a causa e juntou documentos (fls. 27/706).

1.2) Da contestação.

Citada (fls. 717), a requerida contestou argumentando que: I) não é legitimada passiva; II) a proibição da importação afronta a política da livre concorrência e acaba criando um monopólio; III) não restou comprovada a existência de patente com relação à novidade inventiva, não havendo bem imaterial a ser protegido; IV) para o caso de indenização, que ela não supere o valor dado à causa ou de acordo com o lucro obtido com a comercialização dos motores MOTOMIL 168F, o que deverá ser apurado (fls. 722/741). Juntou documentos (fls. 743/819).

1.3) Do encadernamento processual.

Em decisão às fls. 707/709, deferiu-se parcialmente o pleito antecipatório para: I) cessação imediata da importação, comercialização, exibição, distribuição, promoção e divulgação dos motores MOTOMIL 168F ou outro que possua as mesmas características dos motores HONDA GX, sob pena de multa; II) recolhimento dos mencionados motores, sob pena de multa; III) buscar e apreender uma máquina para fins periciais.

Mandado de busca e apreensão cumprido (fls. 713/715).

Réplica (fls. 826/837).

Em audiência preliminar, não houve conciliação, deferiu-se juntada de documentos e designou-se audiência de instrução e julgamento (fl. 843).

Documentos acostados pelas autoras (fls. 845/933).

Peticionamento e documentação juntada pela requerida (fls. 937/947), oportunidade em que informou estar aplicando cores diferenciadas nos motores MOTOMIL 168F.

Em audiência de instrução e julgamento deferiu-se a prova pericial (fl. 947), com nomeação de perito às fl. 1016.

Perícia acostada às fls. 1099/1121. Pareceres técnicos às fls. 1129/1133 e fls. 1136/1158.

Juízo *a quo* indeferiu a produção de prova testemunhal postulada pela requerida, pois tal modalidade de instrução não se presta para alcançar o fim pretendido (fl. 1223).

Alegações finais (fls. 1226/1245 e fls. 1247/1256).

1.4) Da sentença.

Prestando a tutela jurisdicional (fls. 1258/1271), o Dr. José Aranha Pacheco prolatou sentença resolutiva de mérito nos seguintes termos:

Pelo exposto, com resolução de mérito, forte no art. 269, I, do CPC, JULGO PROCEDENTES os pedidos das autoras para:

- a) determinar às réas que cessem definitivamente a importação, comercialização, exibição, distribuição, promoção e divulgação dos motores MOTOMIL 168F, ou qualquer outro que caracterize reproduções não autorizadas das características dos motores HONDA GX;
- b) condenar a demandada a pagar uma indenização às autoras em razão das práticas de concorrência desleal, cujo valor deverá ser liquidado por arbitramento, observado o art. 210 da Lei 9.279/96;
- c) obrigar a requerida a recolher do mercado os motores MOTOMIL 168F, ou qualquer outro que caracterize reprodução não autorizada das características dos motores HONDA GX;
- d) condenar a ré ao pagamento da multa por descumprimento de decisão judicial, no valor diário de R\$5.000,00, no período de 12/3/2009 a 13/5/2009, incluindo-se o primeiro e o último dia.

Mantenho a liminar, fls. 707/709.

Em face da sucumbência, condeno a ré ao pagamento das custas processuais, a ressarcir às autoras as despesas havidas em razão do laudo pericial e da ata notarial, bem como a pagar os honorários advocatícios dos patronos das autoras, que fixo em R\$5.000,00 (cinco mil reais), atendidas as alíneas do parágrafo 3º do art. 20 do CPC, bem como o parágrafo 4º desse artigo. (fls. 1271/1272)

Opostos embargos de declaração por ambas as partes (fls. 1273/1279 e fls. 1281/1286), foram solucionados da seguinte maneira (fls. 1288/1292):

Destarte, ACOLHO embargos interpostos pela autoras, e rejeitos os opostos pela ré, para determinar que ao dispositivo da sentença sejam acrescidos os seguintes comandos:

- e) cominar multa de R\$5.000,00 (cinco mil reais), por dia, para o caso de descumprimento do item “a” do dispositivo da sentença, com fundamento nos artigos 287 e 461, do Código de Processo Civil; e,

f) determinar seja comunicada, por escrito, a Secretaria da Receita Federal de que a empresa Garthen Indústria e Comércio de Máquinas Ltda., está, nos termos da sentença proferida nos autos do processo n. 135.06.001587-3, proibida de importar da China motores “MOTOMIL 168F” ou qualquer outro que caracterize reprodução não autorizada dos motores “HONDA GX”, fabricados por Honda Giken Kogyo Kabushiki Kaiha, (Honda Motor Co. Ind.) e Moto Honda da Amazônia Ltda. Remeta-se cópia da sentença e da decisão dos embargos declaratórios. (fls. 1291/1292)

1.5) Dos recursos.

Irresignada com a prestação jurisdicional, a requerida interpôs recurso de Apelação Cível, sustentando: I) cerceamento de defesa, porque a prova testemunhal era imprescindível para demonstrar que não praticava concorrência desleal; II) a proibição da importação dos motores MOTOMIL 168F afeta a política da livre concorrência; III) ausência de concorrência desleal, porquanto não se valeu de nada pertencente à autora, como nome ou tecnologia; IV) a simples semelhança não configura concorrência desleal; V) a sentença não considerou as alterações no maquinário; VI) a ausência de provas do desvio de clientes ou de prejuízo nas vendas; VII) a proibição só deve ser considerada até as alterações realizadas, pois afastam a confusão visual; VIII) que se for mantida a proibição para importação da MOTOMIL, deve-se estender tal vedação para outras empresas que também reproduzem; IX) o não cabimento da multa da liminar, pois não pode ser responsável por sites de empresas estranhas à lide que anunciam o equipamento; X) não haver provas de comercialização depois da concessão da liminar (fls. 1294/1316).

1.6) Das contrarrazões

Acostadas às fls. 1342/1360.

1.7) Do processamento do julgamento

Apresentado para julgamento, o Exmo. Des. Jânio Machado pediu vista do feito (fls. 1374).

Em sessão posterior, pedi revista após voto do Exmo. Des. Jânio Machado “*no sentido de conhecer do recurso para dar-lhe provimento ficando invertido o ônus da sucumbência.*” (fls. 1375).

Na sessão seguinte, por maioria de votos, deu-se provimento ao recurso.

VOTO VENCIDO

2.1) Do juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso porque presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, pois ofertado a tempo e modo, recolhido o devido preparo e evidenciado o objeto e a legitimação.

2.2) Das preliminares

2.2.1) Do cerceamento de defesa.

Abordou a requerida/apelada suposto cerceamento de defesa, porque a prova testemunhal que pretendia produzir era imprescindível para demonstrar que não praticava concorrência desleal.

De pronto, esclarece-se que quando houve o indeferimento da prova testemunhal (fls. 1223), a requerida permaneceu silente a respeito de sua insatisfação, tendo, tão somente, apresentado as alegações finais. Logo, caracterizou-se preclusão temporal do tema.

Ademais, por apego ao debate, registre-se que a instrução em questão é inócua ao fim almejado, pois a solução da lide passa pela análise de prova documental e pericial, em nada contribuindo o que terceiros diriam sobre a postura da empresa requerida.

2.2.2) Da extensão da decisão.

Afirmou a requerida/apelada que se for mantida a proibição para importação da MOTOMIL, deve-se estender tal vedação para outras empresas que também reproduzem os caracteres do produto da autora.

A lide se estabeleceu entre as duas empresas, sendo impossível direcionar seus efeitos a quem não foi parte (art. 472 do CPC).

Ademais, a requerida/apelada não tem legitimidade para pugnar pelo pleito em questão (arts. 3º e 6º do CPC), além de, igualmente, não ter interesse processual (art. 3º do CPC).

2.3) Do mérito.

2.3.1) Da livre concorrência.

Afirma a requerida/apelada que a proibição da importação dos motores MOTOMIL 168F afeta a política da livre concorrência.

Há que se estabelecer uma diferença entre pretensão exordial e decisão judicial que afrontem o princípio da livre concorrência (art. 170, IV, da CF) e daquelas que combatem suposta concorrência desleal (Lei n. 9.279/96).

No caso, a autora/apelada busca impedir que o consumidor adquira equivocadamente produtos da requerida/apelante em razão de aspectos externos ao bem que causam confusão.

Não pretende a autora/apelada monopolizar o mercado dos motores da espécie em questão.

Tanto assim o é que, conforme demonstrado na petição inicial, há várias outras empresas que exploram o mesmo nicho de mercado. Entretanto, não há, em um primeiro momento, similaridade daqueles produtos com o da autora/apelada.

Logo, não se almeja por esta ação judicial assegurar o monopólio do mercado dos motores em tela em detrimento da livre concorrência, mas sim, garantir que cada empresa dispute a preferência do consumidor sem se valer de meios escusos para tanto.

2.3.2) Da concorrência desleal.

Assevera a requerida/apelada ter agido com lealdade, posto não se ter valido de nada pertencente à autora, como nome ou tecnologia, e que a semelhança em si não configura concorrência desleal.

Eis os termos da Lei n. 9.279/96, que regulamenta direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, a respeito do tema “concorrência desleal”:

Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

[...]

V - **repressão à concorrência desleal.**

[...]

Art. 195. Comete **crime de concorrência desleal** quem:

[...]

III - **emprega meio fraudulento, para desviar**, em proveito próprio ou alheio, **clientela de outrem;**

[...]

Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o **direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados** por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de **concorrência desleal** não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, **a criar confusão** entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou **entre os produtos e serviços postos no comércio.** (grifou-se)

No caso, a tese de concorrência desleal suscitada pela autora/apelada se caracteriza pela confusão criada pela requerida/apelante ao importar e revender produto que, em tese, teria a mesma aparência dos fabricados e vendidos por ela.

Se apurado o comportamento em questão, tal e qual conclui a sentença, tratar-se-á de concorrência desleal.

Neste sentido, precedente deste Tribunal:

Caracteriza concorrência desleal, a prática de atos que visam criar confusão entre produtos ou desviar, em proveito próprio ou alheio, a clientela de outrem (AC n. 2002.024818-0 e n. 2004.001288-8, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. 16-3-2006).

Ainda:

Para a configuração de concorrência desleal, imprescindível a demonstração da finalidade de atrair ou desviar a clientela de uma empresa para outra e dos prejuízos advindos de tal prática, ônus probatório este que cabe ao requerente da indenização respectiva (AC n. 2003.004336-5, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 17-2-2005).

Da doutrina:

A lei visa a proteção legal à marca, tendo como escopo reprimir a concorrência desleal, evitar a possibilidade de confusão, erro ou dúvida do consumidor que pensa estar adquirindo um determinado produto ou serviço pensando ser outro, bem como o locupletamento com esforço de labor alheio, tirar proveito, indevidamente, do resultado positivo, dos esforços e das inovações do concorrente, no plano comercial, artístico, industrial e tecnológico. A concorrência desleal, indiscutivelmente, é um abuso de poder econômico. (Vieira, Marcos Antonio. Propriedade industrial: marcas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 195).

Reprimir a concorrência desleal apontada pela autora/apelada evita a possibilidade de confusão ou dúvida criada na mente do consumidor, que pensa estar adquirindo o produto de uma marca enquanto que, na realidade, adquire o de outra. Consequentemente, evita-se, com isso, o locupletamento de quem se aproveitou do esforço alheio.

A empresa que se vale da aparência de maquinário, imitando-o tanto em forma, disposição de peças e cores, tem direito de impedir que outra(s) empresa(s) que atua(m) no mesmo ramo comercial se utilize do mesmo visual.

Pois bem.

Feitos estes primeiros esclarecimentos a respeito do tema, passa-se à análise probatória.

Extrai-se do laudo pericial de fls. 1100/1121:

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1. A perícia em questão será uma análise comparativa visual entre o motor MOTOMIL, apreendido na sede da Ré e um motor HONDA GX pertencente à Autora, ou seja, proceder-se-á uma verificação de semelhanças e diferenças nas suas configurações plásticas, formatos e combinação de cores.

Tal análise terá como critérios a Lei da Propriedade Industrial, acordos internacionais como a Convenção da União de Paris (CUP), o qual o Brasil é signatário e, as diretrizes de análise técnica entre desenhos e modelos industriais.

[...]

ESCLARECIMENTOS IMPORTANTES

Na leitura dos autos deste processo, não se verificou nenhum título de propriedade industrial como Carta Patente, Certificado de Registro de Desenho Industrial ou marca tridimensional junto ao INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial, de titularidade da Autora.

Na leitura dos autos deste processo, verificou-se a citação de Crime de Concorrência Desleal, contemplado na Lei de Propriedade Industrial.

Cabe registrar que o Trade Dress (conjunto imagem) não é passível de registro pelo atual ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, existem doutrinas e determinadas jurisprudências frente aos casos de cópia de conjunto imagem. (fls. 1101/1102)

Após, às fls. 1105/1107 (Anexo 2), há um comparativo fotográfico dos motores da autora e da requerida, as quais, já se antecipa, demonstram claramente semelhança de cor e de disposição dos componentes que os formam.

Na sequência (Anexo 3), fez-se um detalhamento da comparação (fls. 1108/1109).

Seguiu-se a resposta dos quesitos apresentados, dos quais se transcreve:

RESPOSTAS AOS QUESITOS FORMULADOS PELA REQUERENTE

[...]

4. [...] os motores HONDA GX vêm sendo comercializados no Brasil desde a década de 90 e, portanto, anteriormente ao lançamento dos motores MOTOMIL por parte da ré.

RESPOSTA: Sim, **pelos documentos acostados, mais precisamente desde 1995.**

[...]

10. Confirmar que a aparência extrínseca dos motores da Ré é idêntica ou muito similar àquela previamente introduzida no mercado pelos motores HONDA GX.

RESPOSTA: Sim, **a aparência extrínseca é praticamente idêntica.**

[...]

13. [...] confirmar que a impressão de conjunto e aparência externa dos motores HONDA GX foram reproduzidos pela Ré, o que poderia causar confusão junto aos consumidores.

RESPOSTA: **Levando em conta a similaridade visual entre os motores, sendo produtos competidores no mesmo mercado,** e não a afirmação de que o consumidor final possui baixíssimo nível de instrução, pois nos autos não constam documentos que comprovem isso, **pode-se dizer que há possibilidade de confusão efetiva entre os consumidores.**

14. [...]

RESPOSTA: **Cópia de características e configurações plásticas de produtos realmente conhecidos, que conseguiram distintividade ao longo de anos de divulgação e comercialização, podem acarretar efetivamente a confusão visual de um produto e acabar induzindo o consumidor ao erro,** desta forma exemplificativa, poder-se-ia tipificar o que rege o artigo 195, item III, da Lei de Propriedade Industrial.

15. [...]

RESPOSTA: De acordo com algumas doutrinas e decisões judiciais neste sentido, “dependendo do caso”, tem-se a caracterização do ilícito por concorrência desleal e violação do conjunto-imagem (*trade dress*) independente de título de propriedade no INPI, entretanto, a independência da existência de uma Carta Patente ou Certificado de Desenho Industrial ou até, eventualmente, um Certificado de Marca Tridimensional é relativa, sendo importante seu registro para configurar-se a proteção e novidade efetiva, senão, caso contrário, poderá caracterizar-se produto de conhecimento e/ou domínio público. Cabe registrar que no atual ordenamento brasileiro não há passividade de registro de *trade dress*.

16. [...]

RESPOSTA: De acordo com a identidade observada dos motores MOTOMIL, em relação ao motor HONDA GX, pode-se afirmar que suas características extrínsecas podem causar confusão visual e, consequentemente, o desvio de vendas da Autora para a Ré. (fls. 1110/1113)

[...]

RESPOSTAS AOS QUESITOS FORMULADOS PELA REQUERIDA

[...]

3. [...]

RESPOSTA: Pelos documentos juntados nos autos, não há como afirmar que a Honda criou e desenvolveu a configuração plástica do modelo “Honda GX”, contudo, constam documentos anteriores que confirmam a sua comercialização, através da Autora, pelo menos desde a década de 90.

4. [...]

RESPOSTA: Aos olhos da análise do desenho industrial, pode-se afirmar que o modelo Honda GX (da Autora) não possui registro de desenho Industrial no Brasil. Sendo visto por esta ótica, o mesmo não poderia ser considerado possuidor de um direito de proteção industrial, podendo o dito modelo ser considerado comum e de domínio público.

Por outro lado, vale salientar-se a Convenção da União de Paris (CUP), ao qual o Brasil é signatário, mais diretamente o que estabelecer o artigo 10 bis. (fls. 1114/1115)

Sobre mencionado dispositivo da Convenção da União de Paris, transcreve-se:

Artigo 10 bis

1) Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União **proteção efetiva contra concorrência desleal**.

2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.

3) **Deverão proibir-se** particularmente:

1º **todos os atos suscetíveis de**, por qualquer meio, **estabelecer confusão com** o estabelecimento, **os produtos** ou a atividade industrial ou comercial **de um concorrente**;

[...]

O trabalho pericial não deixa dúvida: os equipamentos são idênticos.

A bem da verdade, as fotos feitas tanto pela autora/apelada quanto pelo Sr. Perito demonstram, por si só, as semelhanças descritas. Qualquer homem médio é capaz, sem qualquer dificuldade, de apurar a semelhança entre as máquinas MOTOMIL e HONDA GX.

Sobre a possibilidade de tal análise poder ser realizada mesmo sem a realização de perícia, que não é o caso dos autos, cita-se: AC n. 2008.063963-6, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 27-4-2012.

Muito além das cores, disposição dos componentes e as formas das peças, chama a atenção os detalhes que compõem as máquinas, os quais citam-se a título de ilustração: I) na “foto frontal” e na “foto lateral esquerda” às fls. 1105 as entradas de ar no motor têm os mesmos cortes; II) na “foto posterior” às fls. 1106 e na foto “detalhe protetor escapamento” às fls. 1107 as entradas de ar no protetor do escapamento igualmente tem os mesmos desenhos; III) todas as fotos demonstram a precisão com que uma máquina se parece com a outra, até mesmo as disposições de todos os parafusos com ou sem carenagem.

Ou seja, todo o aspecto externo/visual, seja a combinação de cores, *design* das partes e peças, chamado pelo Sr Perito de “configurações plásticas” compõem a marca indicativa do produto, conhecido como *trade dress*.

Necessário ressaltar as diferenças visuais do motor da autora/apelada com os de outras empresas constantes às fls. 9 da petição inicial, equipamentos estes que, por terem o mesmo propósito, disputam o mesmo ramo mercadológico.

Assim, entende-se caracterizada a concorrência desleal por parte da requerida/apelante ao importar e revender produto visualmente idêntico ao da autora/apelada, consagrado há décadas no mercado interno.

Ilustra-se este entendimento com precedente deste Tribunal:

APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO COM PEDIDOS INIBITÓRIO E DE CONDENAÇÃO À INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. **REMISSÃO ILÍCITA DO CONJUNTO-IMAGEM - TRADE DRESS**. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO EM RELAÇÃO A DUAS RÉS E JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS DA PETIÇÃO INICIAL EM RELAÇÃO À OUTRA.

APELO DAS AUTORAS. **PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DO DIREITO VIOLADO E DO DEVER DE INDENIZAR DEVIDO À CONCORRÊNCIA DESLEAL CARACTERIZADA PELA IMITAÇÃO DO CONJUNTO-IMAGEM** E DO CONCEITO IDEOLÓGICO. TESE ACOLHIDA. INDEVIDA REMISSÃO À MARCA REGISTRADA E PROTEGIDA PELAS APELANTES. SIGNOS QUE COMPÕEM A MARCA MISTA FLAGRANTEMENTE UTILIZADOS PELAS RÉS NO INTUITO DE APROVEITAR-SE DO SEU PRESTÍGIO. CONDUTA A CONFIGURAR CONCORRÊNCIA PARASITÁRIA E ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DAS RÉS.

O enriquecimento sem causa ocorre com o deslocamento patrimonial em favor das rés, que se aproveitaram da ideia veiculada pela marca alheia - e do seu prestígio - para propagar seu nome no mercado: ao utilizar semelhantes elementos figurativos e nominativos dos das autoras, para assim auferir

vantagens econômicas, as rés tiraram vantagem da boa fama que as autoras se esforçaram por adquirir, usurparam os seus investimentos intelectuais à criação da marca e enfraqueceram, ademais, o seu signo, pela diluição da sua distintividade (BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 487).

Após anos de maciços investimentos por parte das autoras para a construção de sua marca e reconhecimento da qualidade de seu produto, é inviável permitir-se às rés que se aproveitem desse prestígio, mormente porque não contribuíram para o seu desenvolvimento; não podem, por corolário, utilizar-se de signos que inequivocamente remetem àqueles veiculados pelas autoras, circunstância que representa incontestável situação de concorrência desleal porque, mesmo que não resulte em desvio de clientela, acarretará concorrência parasitária e enriquecimento sem causa das rés.

Na lição da doutrina: “Sob a denominação genérica de concorrência desleal costumam os autores reunir uma grande variedade de atos contrários às boas normas da concorrência comercial, praticados, geralmente, com o intuito de desviar, de modo direto ou indireto, em proveito do agente, a clientela de um ou mais concorrentes, e suscetíveis de causar-lhes prejuízos” (CERQUEIRA, João da Gama, *Tratado de Propriedade Industrial*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 1.266).

[...] (AC n. 2012.050589-9, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 14-5-2013)

Assim, mantém-se a sentença que reconheceu a concorrência desleal.

2.3.3) Das alterações no maquinário.

A requerida/apelada aduziu que a sentença não considerou as alterações no maquinário constatadas pela perícia e que a proibição só deve ser considerada até as alterações realizadas, pois afastam a confusão visual.

Primeiro, desnecessário que a sentença tratasse das modificações apontadas pela perícia às fls. 1116/1119 porque não foram alvo da petição inicial.

Segundo ponto, conforme bem decidiu o juízo *a quo* no item “a” do dispositivo sentencial às fls. 1271, a requerida/apelante deve cessar a importação, comercialização, exibição, distribuição, promoção e divulgação relacionadas aos motores MOTOMIL ou qualquer outro que reproduza sem autorização as características dos motores HONDA GX.

Ou seja, a importação e vendas de motores visivelmente distintos do modelo HONDA GX é permitido. Trata-se, neste caso, de legítimo exercício da livre concorrência.

Mas, repete-se, o que restou vedado é a importação e demais atividades para com motores idênticos ao da autora/apelada.

Por fim, ainda neste tópico, necessário ressaltar a impossibilidade de a proibição se dar até as alterações descritas na perícia, porquanto a mudança lá verificada se refere tão somente à coloração.

Como bem explanado no tópico anterior, não se trata apenas de cores, mas sim de disposição dos componentes (que permanecem iguais) e a estrutura em si (que ainda é similar).

2.3.4) Do desvio de clientela.

Aponta a requerida/apelante a ausência de provas quanto ao desvio de clientes ou de prejuízo nas vendas.

A questão atinente ao desvio de clientela está umbilicalmente ligada aos prejuízos causados pela concorrência desleal.

Consequentemente, é possível a condenação em lucros cessantes, conforme, inclusive, prevê a Lei n. 9.279/96. Eis dispositivo legal:

Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes:

I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou

II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou

[...]

No caso, a sentença condenou as requeridas à indenização que será calculada nos termos descritos em sentença.

Assim, novamente se mantém a decisão.

2.3.5) Da multa.

Pertinente à multa, entende a requerida/apelante que é indevida a multa da liminar, pois não pode ser responsável por sites de empresas estranhas à lide que anunciam o equipamento, e que não existem provas de comercialização depois da concessão da liminar.

As teses não merecem acolhimento em razão de que, segundo Ata Notarial (fls. 1055) e documentos com ela acostados (fls. 1056), era a requerida/apelante quem mantinha o anúncio dos equipamentos em seu *site*. Anote-se que tal documentação data de 12-3-2009.

Em petição datada de 18-5-2009 (fls. 1063), a requerida/apelante anexou documento às fls. 1069 informando do cumprimento da decisão antecipatória de mérito.

A condenação compreendeu tão somente o íterim de 12-3-2009 a 13-5-2009 (fls. 1271/1272), único intervalo em que, comprovadamente, registrou-se o descumprimento da decisão, muito embora a liminar date de 15-5-2006 (fls. 707/709) e o Tribunal de Justiça, por meio da apreciação do Agravo de Instrumento, tenha mantido os termos da interlocutória em 18-8-2008.

CONCLUSÃO

Diante da fundamentação acima exarada:

3.1) voto no sentido de conhecer do recurso para:

3.2) negar-lhe provimento, mantendo incólume a sentença guerreada.

Este é o meu voto.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2013.

Guilherme Nunes Born
Juiz de Direito 2º Grau

Apelação Cível n. 2014.066009-8, de Jaraguá do Sul

Relator: Des. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PRETENSÃO DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS. ANTERIOR AJUIZAMENTO DE EMBARGOS DE TERCEIRO CONTRA O CREDOR ORIGINÁRIO. COISA JULGADA. ARTIGO 42, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PEDIDO FORMULADO EM SEDE DE CONTRARRAZÕES DE RECURSO. CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA TIPIFICADA NO ARTIGO 17, INCISOS I, II, E VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPOSIÇÃO DA PENA DE MULTA E INDENIZAÇÃO (PAGAMENTO DE ALUGUEL), ATENDENDO-SE O PLEITO DA APELADA.

1. “A sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário”.
2. Reputa-se litigante de má-fé a parte que, comprovadamente, altera a verdade dos fatos com o objetivo de enriquecer-se ilicitamente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 2014.066009-8, da comarca de Jaraguá do Sul (1ª Vara Cível), em que é apelante Cizeski Incorporadora Administradora e Empreendimentos Imobiliários Ltda., e apelada Alessandra Cristina Klaser:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso e impor à apelante a multa de 1% (um por cento) do valor corrigido da causa, por litigância de má-fé, mais indenização equivalente ao aluguel dos imóveis, desde quando foi nomeada depositário fiel, tudo a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 2 de outubro de 2014, foi presidido pelo relator e dele participaram a desembargadora Soraya Nunes Lins e o juiz Guilherme Nunes Born.

Florianópolis, 6 de outubro de 2014.

Jânio Machado
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Cizeski Incorporadora, Administradora e Empreendimentos Imobiliários Ltda. ajuizou “ação de embargos de retenção por benfeitorias” contra Alessandra Cristina Klaser alegando que: a) adquiriu, de Thiago de Almeida Luz, a propriedade dos imóveis matrículas ns. 4.540 e 3.846 do Cartório Imobiliário de Jaraguá do Sul; b) diante da sentença proferida nos autos da ação de execução n. 036.96.000721-7, da comarca de Jaraguá do Sul, a alienação foi anulada; c) sobre os imóveis realizou a construção de 2 (dois) galpões industriais; d) o crédito buscado na ação de execução movida contra Thiago de Almeida Luz e outra foi cedido para a ora embargada, “que substituiu processualmente a parte credora”; e) os devedores não quitaram a dívida na ação de execução e os imóveis foram adjudicados pela ora embargada; f) foi notificada para “se demitirem da posse em 48 horas, sob pena de caracterizar esbulho possessório além da cobrança diária de R\$350,00 a título de aluguel além de perdas e danos”; g) as edificações implantadas “resultaram, pois, em valorização substancial do imóvel” (os terrenos em R\$227.101,00 e as edificações em R\$159.721,54); h) as benfeitorias e acessões implementadas importaram em sensível valorização, “cuja indenização se impõe” e i) é possuidora dos bens e, por isso, tem legitimidade para o ajuizamento da ação nos termos dos artigos 42 e 43 do Código de Processo Civil.

De plano, determinou-se à embargante a emenda da petição inicial, no prazo de 10 (dez) dias, “adequando os pedidos ao instrumento processual hábil a conferir a proteção jurídica pleiteada, sob pena de indeferimento e extinção do feito” (fl. 47).

A autora formulou pedido de processamento da ação como embargos de terceiro (fls. 50/53) e, na sequência, a retificação do registro e a autuação foi deferida, a liminar de manutenção de posse negada e o processo de execução por quantia certa suspenso (fls. 55/57).

A requerida apresentou contestação (fls. 59/110), que foi impugnada (fls. 114/117).

A seguir, o digno magistrado Leandro Katscharowski Aguiar proferiu sentença nos seguintes termos:

“Ante o exposto, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil, JULGO IMPROCEDENTES estes embargos de terceiro, mantendo hígida a arrematação realizada nos autos de execução nº 036.96.000288-5.

Em virtude da sucumbência, condeno a vencida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados, consoante o grau de zelo do profissional e a simplicidade da causa, em R\$ 1.866,00, *ex vi* do prescrito no art. 20, § 4º, do CPC.” (fls. 118/121).

Irresignada, a embargante interpôs recurso de apelação cível (fls. 124/131) sustentando que: a) as benfeitorias e acessões implementadas no imóvel importou em sensível valorização, cuja indenização se impõe na conformidade com o artigo 744 do Código de Processo Civil, “ora revogado, mas aplicável à espécie, já que introduzidas antes da vigência da reforma do CPC”; b) o terceiro está legitimado “a pleitear **a retenção da benfeitoria que é uma garantia do possuidor para se fazer pagar, e tanto favorece a quem apenas melhora e protege a coisa**” e c) “**o Direito pátrio não autoriza o enriquecimento sem causa, em detrimento do prejuízo de terceiro de quem executou as benfei-**

torias enquanto detinha a posse mansa e pacífica e de boa fé dos imóveis” (o grifo consta no original).

O recurso foi recebido (fl. 133) e, na resposta, a apelada arguiu a prescrição e requereu a imposição de multa por litigância de má-fé (fls. 134/142), vindo os autos a esta Casa.

VOTO

Na ação de execução por quantia certa contra devedor solvente autuada sob o n. 036.96.000288-5, promovida por Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A contra Tiago de Almeida Luz Filho e Dirce Maria Zanella, foi reconhecida a fraude à execução dos imóveis de matrículas ns. 4.540 e 3.846 do Cartório Imobiliário de Jaraguá do Sul (fls. 28/30 da ação de execução), nos quais a ora embargante diz ter “implementado” benfeitorias, cuja retenção é almejada por meio da ação de embargos de terceiro.

O auto de adjudicação dos bens matriculados sob os ns. 3.846 e 4.540, do Cartório Imobiliário da comarca de Jaraguá do Sul, foi firmado em 29.7.2010 (fl. 279 da ação de execução), sendo expedida a carta em 10.11.2010 (fl. 307 da ação de execução). A presente ação foi ajuizada em 10.7.2010, o que equivale a dizer que foi obedecido o prazo estabelecido no artigo 1.048 do Código de Processo Civil. Logo, não se pode falar em “prescrição”, a despeito da arguição promovida pela apelada nas contrarrazões do recurso.

O artigo 1.046 do Código de Processo Civil estabelece:

“Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbacão ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.

§ 1º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.

§ 2º Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possui, não podem ser atingidos pela apreensão judicial.

§ 3º Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação.

A respeito dos requisitos para o ajuizamento da ação de embargos de terceiro, Hamilton de Moras Barros, leciona:

“A lide, nos embargos de terceiro, é restrita. Versará apenas a inclusão ou a exclusão do bem na execução e não os direitos que o terceiro possa ter sobre a coisa.

A decisão sobre domínio nesses embargos somente é possível, quando for evidente pertencer o bem a uma das partes. A economia processual o aconselha e nem isso fere nosso sistema, já que permite a ação declaratória incidente.

(...) Sendo os embargos imprestáveis para as largas discussões sobre domínio, pode a sentença ficar limitada ao estreito campo possessório. O resto da eventual controvérsia é de ser ferido nas vias ordinárias, de maiores possibilidades de indagação e de decisão, do mais geral e completo acerto de relações.

Não se quer nos embargos de terceiro que o autor seja o proprietário do bem. Não se faz essa exigência. Basta que tenha a posse, por direito real ou pessoal. São exemplos disso o locatário, o credor com garantia real, o credor que tenha direito de retenção.” (BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. IX, p. 370-371).

A lição de Cândido Rangel Dinamarco, acerca do objeto dos embargos de terceiro, é aplicável ao presente caso, especialmente quando trata do que deve ser compreendido como mérito:

“A finalidade da oposição desses embargos é a *liberação do bem constrictado ou ameaçado*. Essa é a pretensão a ser deduzida pelo terceiro-embargante, ou seja, esse é o objeto do processo dos embargos de terceiro (Streitgegenstand

- supra, nn. 113 e 433); julgar essa pretensão procedente ou improcedente é julgar o mérito dos embargos. Para obter a tutela jurisdicional desejada, é necessário que o embargante seja realmente um terceiro, porque do contrário essa via processual não será adequada; que haja uma constrição ou ameaça judicial sobre bens, porque sem isso não haverá a necessidade da tutela; que seja ele e não outrem o possuidor dos bens, sob pena de lhe falecer o requisito da legitimidade ad causam ativa; e também que esses bens não sejam responsáveis pelo débito exequendo, porque, se o forem, ele não terá o direito à liberação pretendida. O último desses requisitos diz respeito ao mérito dos embargos de terceiro; os outros, à admissibilidade do julgamento do mérito. Todos eles comportam especificações e ressalvas que integram a teoria dos embargos de terceiro e vêm com intensa frequência sendo objeto de exame pela jurisprudência brasileira.

(...)

Não se inclui no objeto do processo dos embargos de terceiro a pretensão à declaração do domínio ou da posse do embargante. Ele alega a posse, às vezes também o domínio (CPC, art. 1.046, §1º), e esses pontos são examinados pelo juiz em sentença, mas somente como pressupostos lógicos e jurídicos para a concessão da tutela postulada, que é a liberação do bem constrictado ou ameaçado. Em outras palavras: os embargos de terceiro não têm a natureza de uma ação reivindicatória ou possessória” (grifo no original). (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. IV, p. 735-736).

No presente caso, a apelante já exerceu o seu direito de ação (autos n. 036.98.001382-3) para a defesa da posse (o domínio foi desconstituído pelo reconhecimento da fraude à execução) sobre os dois imóveis matrículas ns. 4.540 e 3.846 do Cartório Imobiliário de Jaraguá do Sul (fls. 77/88), cujo pedido foi acolhido (fls. 89/95) e a sentença confirmada por esta Corte, em acórdão assim ementado:

“APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – IMÓVEL ADQUIRIDO POR MEIO DE CONTRATO PARTICULAR DE DAÇÃO EM PAGAMENTO – ALIENAÇÃO DO PATRIMÔNIO ENTRE A DATA DO AFORAMENTO DA DEMANDA E CITAÇÃO DO DEVEDOR – FRAUDE À EXECUÇÃO CONFIGURADA – CITAÇÃO – IRRELEVÂNCIA ANTE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO – PRESUNÇÃO RELATIVA DE BOA-FÉ DO ADQUIRENTE

RESTRITA À VERIFICAÇÃO DE SUA MÍNIMA DILIGÊNCIA (JURIS TANTUM) – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (apelação cível n. 1999.000181-4, de Jaraguá do Sul, Terceira Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Marco Aurelio Gastaldi Buzzi, j. em 23.9.2004) (fls. 96/108).

Ademais, o artigo 1.219 do Código Civil de 2002 dispõe sobre o direito de indenização por benfeitorias:

“Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se lhe não forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa. Pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis, poderá exercer o direito de retenção.”.

O direito de retenção, como acima descrito, é prerrogativa de quem, com boa-fé, possui a coisa. No caso examinado, a posse é fato incontroverso mas a boa-fé da apelante foi afastada no acórdão antes mencionado, que faz coisa julgada nos termos do artigo 42, § 3º, do Código de Processo Civil:

“Art. 42. A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.

(...)

§ 3º A sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário.”.

A propósito:

“10. Sentença e coisa julgada. Os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias, incluído aqui o alienante da coisa ou direito litigioso, atingirão todos os adquirentes. Se houver cadeia sucessiva de alienações, todos os adquirentes serão atingidos pela sentença. Não há necessidade de citação do adquirente da coisa litigiosa, devendo ser aplicado ao caso o CPC 42 § 3º. Todos os pesos eficazes da sentença, mesmo o de executividade, alcançam o sucessor.” (o grifo consta no original) (NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 309).

E:

“271. Proteção da parte contrária – Mas, para resguardar o demandante de qualquer prejuízo decorrente da alienação, o § 3º dispõe que a sentença, proferida entre as partes originárias na relação processual, estende os seus efeitos ao adquirente da coisa ou ao cessionário do direito.

Os efeitos a que se refere o parágrafo variam, conforme o tipo de sentença, mas há um que é comum a todas, que é a formação da coisa julgada. Logo, esgotados, ou não usados os recursos cabíveis, a sentença fará coisa julgada em relação às partes originárias e em relação ao adquirente da coisa litigiosa ou ao cessionário do direito em litígio”. (*Comentários ao código de processo civil*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. I, p. 184).

Cumpre, ainda, apreciar a alegação de litigância de má-fé perpetrada pela apelada, assim dispondo o Código de Processo Civil:

“Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.”.

O pedido formulado pela apelada fundou-se na suposta conduta da apelante, que maliciosamente teria procrastinado o feito principal, deduzindo pretensão manifestamente inconsistente e alterando a verdade dos fatos para induzir o juiz em erro (fl. 137).

Na petição inicial, a apelante afirmou a sua legitimidade “conferida ex vi lege, pelos artigos 42 e 43 do Código de Processo Civil Brasileiro” (fl. 5) e que “detinha a posse mansa e pacífica e de boa-fé dos imóveis” (fl. 7). Ademais, a apelante assumiu o encargo de depositária dos bens penhorados, em 19.5.1997 (fl. 34 da ação de execução).

Essas informações levam à conclusão de que a apelante alterou a verdade dos fatos, deduziu pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso e usou do processo para conseguir objetivo ilegal, pois: a) encontra-se na posse dos bens constrictados há mais de 17 (dezessete) anos; b) sabia que não era possuidora de “boa-fé” e c) já tinha ajuizado outra ação de embargos de terceiros (autos n. 036.98.001382-3), cuja sentença de improcedência foi confirmada pelo acórdão proferido na apelação n. 1999.000181-4, de Jaraguá do Sul, que faz coisa julgada entre as partes nos termos do artigo 42, § 3º, do Código de Processo Civil.

Ou seja, não se pode considerar simples uso do direito de ação se o que os autos demonstram é a efetiva intenção de protelar o andamento do processo mediante a formulação de pretensões destituídas de fundamentos, bem ainda a provocação de incidentes repetidos. Afinal, é a transgressão de regras processuais e a atuação desmedida que justifica as sanções previstas pelo legislador processual civil.

Ao Estado-juiz incumbe o dever de coibir toda tentativa de obtenção de vantagem indevida, o que importa, inclusive, na imposição da penalidade por litigância de má-fé. Portanto, o juiz, ao verificar que uma das partes está litigando de má-fé, pode e deve aplicar as penalidades específicas:

“O legislador processual adotou um dos princípios norteadores da ciência processual moderna: a boa-fé. Daí por que se comportar em conformidade com esse preceito é um dos deveres impostos a todos os que participam do contraditório instaurado perante o juiz. Autor, réu e terceiro interveniente, ainda que formulem pretensões contraditórias, muitas vezes não amparadas pelo sistema jurídico, devem manter a lealdade e a boa-fé, sob pena de responderem por perdas e danos. (...).

Esse dispositivo contém um dos mais importantes e eficazes mecanismos para impedir a litigância de má-fé. Infelizmente, os juízes relutam em aplicá-lo, sob o fundamento de que estariam apenando a parte, que nem é responsável pela conduta inadequada no processo.

Tal raciocínio, todavia, não se justifica, ao menos em princípio. Ao contratar o advogado, a parte transformou-o em seu representante processual, outorgando-lhe todos os poderes necessários à defesa de seus interesses. Nessa medida, é responsável por eventual prática de atos incompatíveis com o princípio da lealdade e da boa-fé.

Se tal ocorrer sem autorização, o mandante poderá pleitear ressarcimento em via regressiva. O que não se aceita é a passividade, verdadeira convivência com a litigância de má-fé, considerada pelo sistema como ilícito processual. A preocupação do legislador é revelada pela regulamentação minuciosa dos deveres das partes e da sanção pelo descumprimento. Deve o juiz conscientizar-se da importância desses dispositivos e conferir-lhes efetividade. A omissão do julgador em nada contribui para a efetividade do processo, instrumento estatal de solução de conflitos caracterizado sobretudo por princípios éticos.” (MARCATO, Antonio Carlos {Coord.}. *Código de processo civil interpretado*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 58-59).

Em relação ao litigante de má-fé, confira-se:

“É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbis litigator*, que se utiliza de procedimento escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. As condutas aqui previstas, definidas positivamente, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no CPC 14.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 262).

Na lição de Celso Agrícola Barbi, a má-fé tipifica-se pela presença de intenção malévola do litigante:

“A idéia comum de conduta de má-fé supõe um elemento subjetivo, a intenção malévola. Essa idéia é, em princípio, adotada pelo direito processual, de modo que só se pune a conduta lesiva quando inspirada na intenção de prejudicar.” (*Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. I, p. 125).

Então, presente uma das situações previstas no artigo 17 do Código de Processual Civil, a aplicação da penalidade é medida acertada:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO AGRAVADA QUE REJEITOU A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE APRESENTADA PELO BANCO E O CONDENOU POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AO PAGAMENTO DE MULTA DE 1% E INDENIZAÇÃO DE 20% DO VALOR DA CAUSA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE EMBASADA NA NULIDADE DO BLOQUEIO VIA BACEN JUD EM RAZÃO DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. SITUAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. INCIDENTE MANIFESTAMENTE INFUNDADO. CONDUTA DO EXECUTADO DE PROCRASTINAÇÃO DO PROCESSO, QUE RETARDOU INDEVIDAMENTE A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO DO EXEQUENTE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CARACTERIZADA (ART. 17, IV E VI, CPC). INDENIZAÇÃO DE 20% DO VALOR DA CAUSA QUE INDEPENDE DE COMPROVAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (Agravamento n. 2014.034521-3, da Capital - Continente, Quinta Câmara de Direito Comercial, relatora a desembargadora Soraya Nunes Lins, j. em 21.8.2014. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 23 set. 2014).

E:

“EMBARGOS A EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO ATUALIZADO - EXEQUENTE QUE OBJETIVA O RECEBIMENTO DO VALOR EXATO DA CONDENAÇÃO - PRETENSÃO DO EMBARGANTE MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

É desnecessária a apresentação do demonstrativo atualizado de débito se o apelado requereu a execução pelo valor exato fixado na condenação, sem atualização. Dispõe o art. 17, incisos I, II, IV e VI, do Código de Processo Civil, “reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; ... IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; .. VI - provocar incidentes manifestamente infundados”.” (Apelação cível n. 2014.036891-2, de São Bento do Sul, Quarta Câmara de Direito Público, relator o desembargador Jaime Ramos, j. em 21.8.2014. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 1º set. 2014).

Com essas considerações, nega-se provimento ao recurso e condena-se a apelante ao pagamento da multa de 1% (um por cento) do valor corrigido da causa por litigância de má-fé, mais indenização equivalente ao aluguel dos imóveis, desde quando foi nomeada depositário fiel, tudo a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento (artigo 18, § 2º, do Código de Processo Civil).

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Pedido de Execução do Acórdão em Mandado de Segurança n. 1988.060575-9/0004.00, da Capital

Relator: Desembargador Ricardo Roesler

MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE EXECUÇÃO DE ACÓRDÃO. PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÃO. OPOSIÇÃO PELO ESTADO DE SANTA CATARINA, PELA PROCURADORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DE SANTA CATARINA, E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. ALEGAÇÃO DE ADOÇÃO DE NOVO REGIME JURÍDICO EM 2005. ILEGITIMIDADE DA PROCURADORIA-GERAL DO MP/TCE, TANTO QUANTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO PARA INTERVIR DIRETAMENTE NA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO OPORTUNA DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE ENFRENTAMENTO AO LONGO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO PELA VIA DE EXCEÇÃO DE EXECUTIVIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

CONCESSÃO DE ORDEM, AUTORIZANDO A MANUTENÇÃO DE VANTAGEM EM FACE DA NATUREZA DO SERVIÇO (GRATIFICAÇÃO PELO EFETIVO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DE NÍVEL SUPERIOR). ADOÇÃO DOS IMPETRANTES POR NOVO REGIME REMUNERATÓRIO. AUSÊNCIA DE DECESSO REMUNERATÓRIO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL, AUTORIZANDO A MANUTENÇÃO DA VANTAGEM AO OPTANTE DO NOVO REGIME. VERBA DE NATUREZA FUNCIONAL, E NÃO PESSOAL, QUE NÃO SE INCORPORA AUTOMATICAMENTE. VEDAÇÃO EXPRESSA, ADEMAIS, DE INCORPORAÇÃO, PELA NORMA INSTITUIDORA (ART. 3.º, § 1.º, DA LEI PROMULGADA N. 1.134/92). IMPOSSIBILIDADE DE ACUMULÁ-LA NO NOVO REGIME, SOB PENA DE ADOÇÃO DE FORMATO

REMUNERATÓRIO HÍBRIDO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA. PEDIDO NEGADO. EXECUÇÃO EXTINTA.

A Procuradoria-Geral do MP/TCE e o Ministério Público de Santa Catarina não detêm legitimidade para questionar diretamente a determinação de cumprimento de decisão judicial, em face do Estado de Santa Catarina; a este, unicamente, compete a salvaguarda de seu patrimônio em razão de pedido de execução.

Havendo manifestação prévia do Estado, anuindo com os termos do pedido de cumprimento de acórdão, é vedada a discussão posterior, mesmo que de fato superveniente, em sede de embargos à execução. No entanto, se a dedução versar matéria de ordem pública, e sobretudo se dela ainda não se conheceu, nada impede que seja conhecida pela via da exceção à executividade, o que se admite a qualquer tempo, enquanto permanecer o trânsito da execução (STJ, **AgRg no Ag 977.769/RJ**, Rel. Min. Luiz Fuz).

A adoção, por opção, de novo regime remuneratório faz pressupor a renúncia as benefícios anteriores com ele incompatíveis, salvo aqueles cuja migração seja autorizada ou componham o rol de vantagens pessoais do servidor (garantindo-se sempre a irredutibilidade de vencimentos). No caso, garantiu-se aos impetrantes o pagamento, concorrente com outra vantagem, de gratificação decorrente do efetivo exercício de atividade de nível superior. Essa gratificação, que decorre da natureza da função (*propter laborem*), não se agrega naturalmente à remuneração, por não ser de natureza pessoal, demandando prescrição legal. No caso, a própria lei adverte não se tratar de vantagem incorporável (art. 3.º, § 1.º, da Lei Promulgada n.º 1.134/92). Por outro lado, a impetração cuja execução do julgado se pretende apenas assegurou o pagamento concorrente da gratificação com outra, tanto quanto assegurou a irredutibilidade do vencimento.

Considerando, assim, que não há direito adquirido a regime jurídico, a opção pelo novo regime, que manteve – e elevou – o patamar remuneratório, admitiu apenas a incorporação daquelas vantagens que ordinariamente admitem a agregação (as de natureza pessoal), ao passo que instituiu, em regime próprio, outras gratificações. Daí que, embora não se tenha revogado as disposições que instituíram a gratificação, ela sobressai naturalmente incompatível com o novo regime, bem porque já foi por ele absorvida. Não se fala, por isso, em

ofensa ao direito adquirido, uma vez que não houve perda real da remuneração. Por outro lado, não há igualmente ofensa à coisa julgada, tendo em conta que, enquanto vigente o modelo geral de remuneração admitiu-se a acumulação daquela gratificação; com a mudança do panorama jurídico a autoridade daquela decisão se altera, sem que isso represente a quebra do julgado, mas como decorrência prática da alteração do estado das coisas (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado*) – no caso, a opção dos impetrantes por regime jurídico distinto.

Assim, a manutenção da gratificação por atividade redundaria na adoção de um terceiro regime, uma mescla do antigo regime geral com aquele específico, o que, a toda evidência, não foi a pretensão legislativa. Se houvesse a vocação de apenas instituir um regime diferenciado, assegurando todas as vantagens nominais, não haveria razão para assegurar aos servidores a *opção*; bastaria apenas a autorização legislativa determinando a migração dos demais vencimentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Pedido de Execução do Acórdão em Mandado de Segurança n. 1988.060575-9/0004.00, da comarca da Capital (Tribunal de Justiça), em que são requerentes Jose Chiuchetta e outro, e requeridos Secretário de Estado da Fazenda e outro:

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar o pedido de execução do acórdão e extinguir a execução. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Pedro Manoel Abreu (Presidente com voto), Carlos Adilson Silva, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Stanley da Silva Braga, Francisco Oliveira Neto, Paulo Ricardo Bruschi, Newton Trisotto, Cid Goulart, Jaime Ramos, João Henrique Blasi e Rodrigo Cunha.

Florianópolis, 13 de agosto de 2014.

Ricardo Roesler
RELATOR

RELATÓRIO

José Chiuchetta e outro postularam o cumprimento de ordem de mandado de segurança, para que se ordenasse o pagamento de vantagem funcional, objeto da ordem concedida. Em síntese, pretendiam o restabelecimento da percepção de gratificação pelo efetivo exercício de atividade de nível superior, que havia sido administrativamente glosada pela Administração, ao argumento de que seria incompatível com a vantagem pessoal da Fazenda.

Embora discuta-se em tese apenas o cumprimento da ordem, há discussão incidental que requer a revisitação do processado, e o detalhamento particular do que se levantou. Ocupo-me do pormenorizado relatório feito pelo Ministério Público:

“A liminar foi deferida, em 09 de dezembro de 1992, determinando o pagamento aos impetrantes da gratificação especial pelo efetivo exercício de atividades de nível superior, sob o argumento de ser esta compatível com a vantagem pessoal da fazenda (fl. 32).

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina deferiu a segurança, em 09 de março de 1994 (fls. 162/169).

A seguir, o Estado de Santa Catarina ingressou com recurso extraordinário contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça (fls. 205/209), o qual não foi admitido pelo Desembargador Vice-Presidente (fls. 218/219).

Contra a inadmissão do recurso extraordinário, o Estado de Santa Catarina interpôs agravo de instrumento, o qual foi promovido pelo Supremo Tribunal Federal, que determinou a subida do recurso extraordinário (fl. 240).

O impetrante Renato Alcides Lima Quadros Magalhães, em 08 de março de 2007, postulou o cumprimento da decisão proferida, no que se refere à sua pessoa (fl. 228).

Na data de 27 de fevereiro de 2007, os impetrantes notificaram a gratificação especial de exercício de atividade de nível superior, no percentual de 90%, deixou de lhes ser paga no mês de agosto de 2005, razão pela qual postularam

a imediata inclusão desta em suas folhas de pagamento, sob pena de multa diária (fls. 222/223).

O Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas se manifestou nos autos, informando que a Procuradora-Geral junto ao Tribunal de Contas teve aprovado o seu quadro próprio de pessoal, cargos, funções e vencimentos, nos termos da Lei Complementar Estadual 297/2005, a qual substituiu os padrões de remuneração de seu Quadro de Pessoal, mediante opção individual e escrita de cada um dos servidores, constituindo uma nova ordem jurídica de remuneração. Argumenta que na nova composição da remuneração constante na Lei Complementar referida, foram eliminadas as gratificações concedidas temporariamente, dentre estas a gratificação especial pelo efetivo exercício de atividades de nível superior, as quais foram incorporadas aos vencimentos dos servidores, o que gerou um aumento no valor nominal e na remuneração dos impetrantes. Sustenta, assim, que a gratificação especial pelo efetivo exercício de atividades de nível superior, não prevista na Lei Complementar aludida, foi absorvida pelo novo vencimento fixado, o qual teve um acréscimo considerável em relação ao regime jurídico anterior, o que é admitido pela legislação e pela jurisprudência, tendo em vista que o servidor não possui direito adquirido ao regime remuneratório existente, mas apenas à irredutibilidade de seus vencimentos. Esclarece, ainda, que a Lei n.º 1.134/92, em seu art. 3º, § 1º, veda a incorporação da gratificação e que na Lei n.º 8.786/92 não era feita qualquer previsão expressa de incorporação. Por fim, sustenta que a decisão judicial proferida nos autos apenas assegurou o recebimento cumulativo das gratificações discutidas pelos impetrantes, mas não a sua incorporação nos vencimentos destes, o que atualmente a torna inaplicável, pela perda de seu objeto, em razão do advento da nova legislação remuneratória – Lei Complementar 297/2005 (fls. 246/260).

Os impetrantes se manifestaram no feito, em 20 de junho de 2007 e 07 de agosto de 2007, alegando que a gratificação especial pelo efetivo exercício de atividades de nível superior não foi incorporada em seus vencimentos, pois a Lei Complementar Estadual 297/2005 nem sequer a menciona. Acrescentando que a Lei 1.134/92, que a instituiu, não foi revogada, alegam que a referida gratificação continua a ser devida, na proporção de 90% de seus vencimentos, os quais devem ser considerados nos valores estabelecidos no novo regime remuneratório. Postularam, então, o imediato pagamento da gratificação referida, nos moldes citados (fls. 338/345 e 369/370).

O Supremo Tribunal Federal negou seguimento ao recurso extraordinário interposto pelo Estado de Santa Catarina, na data de 05 de junho de 2009 (fls. 389/390), tendo esta decisão transitado em julgado (fl. 391).

Os impetrantes requereram o desarquivamento dos autos, para a execução da decisão, em 16 de setembro de 2009 (fls. 394/395).

Em 18 de outubro de 2010, os impetrantes requereram a implementação da decisão proferida, com o restabelecimento no contracheque de cada impetrante, da gratificação especial pelo efetivo exercício de atividade de nível superior, calculada no valor de 90% sobre o atual valor do vencimento do respectivo cargo de provimento efetivo, com exceção de Renato Alcides Lima de Quadros Magalhães, que já a teve restabelecida, de Moacir Ricardo Brandalise, já falecido e de Neusa de Queiroz Santos, que se exonerou do cargo efetivo que ocupava (fls. 412/414).

A Dra. Juíza de Direito determinou o cumprimento da obrigação de fazer, bem como a apresentação da planilha de cálculo do crédito relativo aos valores pretéritos executados (fl. 421).

Os exequentes apresentaram o cálculo dos valores executados (fls. 424 e seguintes), no montante total de R\$ 8.596.177,57 (oito milhões, quinhentos e noventa e seis mil, cento e setenta e sete reais, cinquenta e sete centavos), esclarecendo que o restabelecimento da gratificação executada quanto a Renato Alcides Lima de Quadros Magalhães, ocorreu a partir de maio de 2007, porém em valor inferior ao devido. Também ressaltaram que a execução não contempla o impetrante Moacir Ricardo Brandalise, já falecido e cuja execução será promovida pelos seus herdeiros, nem a impetrante Neusa de Queiroz Santos, que se exonerou do cargo efetivo que ocupava.

O Estado de Santa Catarina foi citado para opor embargos (fl. 1.623), mas não apresentou oposição aos cálculos apresentados pelos exequentes (fls. 1.624/1.625).

A seguir, o Ministério Público emitiu manifestação formal nos autos (fls. 1.631).

Posteriormente, com base na notícia divulgada na imprensa escrita, sobre eventuais danos ao erário estadual que poderão advir do pagamento dos valores ora executados, o Ministério Público requereu nova 'vista' dos autos" (fls. 1.635-1.637).

Em sua manifestação (fls. 1.637-1.642), o Ministério Público reafirma as razões da Procuradoria-Geral do Ministério Público do Tribunal de Contas de Santa Catarina.

O processo, que tramitava no primeiro grau para execução do acórdão, foi suspenso – inclusive em face da determinação de restabelecimento do pagamento da vantagem e das astreintes fixadas pelo descumprimento – e remetido os autos a este Tribunal (fls. 1.689-1.698).

O Estado então peticionou em fls. 1.704-1.710, aduzindo a nulidade da execução considerando a opção, pelos exequentes, pelo regime remuneratório instituído pela LCE n. 297/05, que teria absorvido a vantagem, com o incremento da remuneração. Daí a conclusão da inexistência de título a ser executado (fls. 1.704-1.708).

Após pedido de vista, os exequentes peticionaram (fls. 1.719-1.725). Aduziram a impossibilidade de discutir a decisão do mandado de segurança, tendo em vista o trânsito em julgado. Destacaram, ainda, que o Ministério Público aduziu inicialmente nem ter interesse em manifestar-se, animado unicamente adiante em razão de matéria jornalística. Por outro lado, asseverou que o Estado de Santa Catarina, instado a manifestar-se sobre os cálculos apresentados, apenas anuiu, sem nada contestar, o que lhe impediria de rediscutir a execução em face da preclusão.

Quanto à matéria de fundo, asseverou que a LCE n. 297/05 não extinguiu a gratificação em questão, tendo em conta que não houve revogação da lei instituidora, e não se poderia, de outro lado, presumir sua incorporação pelo novo regime. Ademais, o art. 17 da nova lei prescreveria formalmente a manutenção das vantagens pessoais incorporadas. Segundo os peticionantes, a gratificação já teria sido incorporada em razão da concessão da ordem de segurança. No mais, a assinatura do termo de opção não importaria a renúncia ou abdicção da vantagem.

Por fim, aduziram que não caberia, nesta fase, a prolação de nova decisão judicial nos moldes propostos, sob pena de ofensa ao primado da coisa julgada, tendo em conta a extemporaneidade da alegação.

Abriu-se vistas ao Ministério Público, oficiante neste grau de jurisdição (fls. 1.748-1.752), que a par das considerações do Órgão oficiante em primeiro grau opinou pela extinção da execução. Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Procuradora Eliana Volcato Nunes.

É o relatório.

VOTO

Trato de pedido de execução de acórdão de mandado de segurança. Da essência do julgado observo que determinou-se o pagamento de determinada gratificação aos impetrantes (decorrente do exercício de funções de nível superior), em julgamento datado de março de 1994 (fls. 161, verso). Desde então o processo aguarda desentraves do processo de execução, e antes deles o trânsito no Supremo Tribunal Federal, em face da interposição de Extraordinário (que ao fim nem seria conhecido).

A primeira manifestação formal dos interessados, após, foi feita em fevereiro de 2007, quando foi aduzida a supressão do pagamento, em agosto de 2005, (fl. 222), da gratificação em relação a Renato Alcides Lima Quadro Magalhães.

A essa altura se cumpria em tese a decisão liminar, confirmada pelo acórdão, determinando a manutenção do pagamento, havendo aparente descumprimento do comando judicial. Mas tão logo postulada a retomada do pagamento questionou-se a regularidade do título; o Ministério Público oficiante no Tribunal de Contas alegou que a gratificação reconhecida na ação mandamental, decorrente das Leis n. 1.134/92 e 8.644/92, teria sido absorvida com a edição da Lei Complementar n.º 297/05, que disciplina “*o quadro de pessoal, cargos, funções e vencimentos dos servidores da Procuradoria Geral junto ao Tribunal de Contas e Estabelece outras Providências*”.

Em síntese, com a alteração do regime remuneratório houve a absorção de vantagens que não fossem de *caráter pessoal* (e assim incorporáveis ao patrimônio do servidor), sobretudo aquela pretendida pelos impetrantes (fls. 246-260). Na prática, em relação ao exequente que reclamava o restabelecimento da vantagem, destacou-se que o novo modelo “*representou um aumento de 859,83% no seu vencimento e de 57,45% na sua remuneração*” (fl. 250), para assim justificar a absorção.

Os impetrante então peticionaram noticiando o “descumprimento da decisão” aduzindo não haver incompatibilidade entre a gratificação e a reordenação de vencimentos feita pela nova lei (fls. 338-345). Com o trânsito da decisão do mandado de segurança (agosto de 2009 – fl. 396), reafirmou-se o pedido (fls. 394-395), quando então a presidência deste Tribunal determinou o cumprimento da decisão, delegando ao primeiro grau a instrumentalização dos atos (fl. 404). Nada fora dito até então quanto à petição do Procurador-Geral do MP/TCE.

A partir daí seguem-se desarranjos de toda ordem, simbolizados sobretudo por descompassos e contradições, o que é bem explorado pelos exequentes. Noto que, citado o Estado de Santa Catarina para cumprimento da decisão (fl. 421), não se opôs à execução; juntou simples petição em fls. 1.624, acrescentando ainda “*que encaminhou expediente às Secretarias de Estado da Administração, da Fazenda e ao Tribunal de Contas, solicitando a adoção de providências para o cumprimento da decisão e que informará ao juízo tão logo tenha notícia dos procedimentos adotados*”.

Logo em seguida o próprio Ministério Público, em manifestação que enaltece suas funções institucionais em face da nova ordem constitucional, aduziu a ausência de interesse no feito, com fundamento no Ato n.º 103/MP/2004, em dezembro de 2011 (fl. 1.631).

Todavia, em janeiro de 2012, o mesmo Órgão de atuação formulou pedido de vista, considerando:

“Os fatos veiculados no jornal Diário Catarinense, na presente data, os quais noticiam a possibilidade de existência de prejuízo ao erário estadual, no valor aproximado de R\$ 8.500.000,00 (oito milhões e quinhentos mil reais), relativo às quantias executadas” (fl. 1.632).

Não fosse bastante causar espécie que a matéria jornalística é que tenha dado ciência do cálculo e das razões do pagamento ordenado – isso porque tudo já constava dos autos – o fato é que o Ministério Público, em petição datada de 25.1.12, reedita as razões já apontadas pela Procuradoria-Geral do MP/TCE, requerendo a suspensão cautelar da execução, e quanto ao “mérito” sua extinção, com fundamento no art. 794, I, do CPC (fls. 1635-1.642).

O juízo de primeiro grau, atento à delegação de competência (a decisão exequenda foi originariamente prolatada neste Tribunal), recebeu a peça como se cautelar fosse e suspendeu o julgamento, remetendo os autos a esta Corte, o juízo natural da causa, para apreciação do pedido (fls. 1.689-1698).

Dáí, após, o Estado de Santa Catarina surpreendentemente peticiona, agora aduzindo a impossibilidade de pagamento das verbas, porque em tese incorporadas pelo novo regime remuneratório, postulando ao final a extinção da pretensão executória (fls. 1.704-1712).

Por fim, segue a resposta dos impetrantes, afirmando a autoridade da coisa julgada sobre a decisão executada e postulando o cumprimento da decisão.

Não se pode ignorar o tortuoso trânsito dessa ação, sobretudo a dedução incidente, arguída ainda em 2007, em torno da invalidez do título, e até então sem solução. É deveras lamentável, ainda, que matéria tão delicada a ponto de influir no pagamento da vantagem tenha sido deduzida em meio ao atropelo de um pedido de cumprimento da decisão judicial, e sobretudo que o Estado tenha inicialmente anuído com a exe-

ção para, depois, fazer coro com os demais, quando poderia tê-lo feito, pela via dos embargos, a tempo e modo.

No entanto, afora o desleixo na condução das reclamações, suponha que a regularidade da execução exija, invariavelmente, o conhecimento do pedido.

Inicialmente observo que a temática deduzida pela Procuradoria-Geral do MP/TCE e reeditada pelo Ministério Público de Santa Catarina eventualmente pudesse ser deduzida em sede de execução, em princípio por embargos à execução (formalmente o instrumento mais adequado).

O Estado, no entanto, manteve-se silente – mais que isso, anuiu com a execução sem nada opor inicialmente – embora já conhecesse a alteração do panorama jurídico dos servidores do MP/TCE.

Por outro lado, tanto o Ministério Público do Estado quanto o MP/TCE não dispunham de legitimidade para opor-se de modo autônomo à execução, considerando que nem mesmo integram, na condição de partes, a ação originária (à época questionava-se ato do Secretário de Estado da Justiça e Administração e do Secretário de Planejamento e Fazenda), tampouco gerenciam a ordenação de despesas (atribuídas ao Executivo).

Além disso, observo que o Ministério Público com assento no Tribunal de Contas do Estado, em face de sua vinculação (estrutural) com o Executivo, não poderia dividir com o próprio Estado a oposição ao cumprimento da decisão. Ao Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por outro lado, embora eventualmente se admita mais, dada sua peculiar intervenção na condição de fiscalizador (*custos legis*). Não se poderia igualmente reconhecer legitimação extraordinária/subsidiária para embargar. Isso porque, bem se sabe, essa faculdade, excepcional, é própria das ações coletivas (art. 100 do CDC). Logo, embora se tribute à instituição a proteção concorrente do patrimônio público, o Ministério Público não poderia tomar a frente para embargar uma execução, tanto

quanto não pode promover por si execução a bem de salvaguardar o erário (por todos, STJ, **REsp 1.119.377/SP**, Rel. Min. Humberto Martins).

A conclusão, enfim, é que a articulação não poderia ser agora ventilada e recebida como embargos à execução, tendo em vista a preclusão consumativa. E aos demais, eventualmente se facultasse a discussão em via autônoma, mas não como titulares de alguma prerrogativa nestes autos.

De todo modo, não creio que a dedução deva ser sumariamente afastada, ainda que tenha sido animada por circunstâncias alheias. Noto, a bem da verdade, que o debate ganhou espaço e importância não em si pelo zelo e preocupação que a matéria inspira, mas porque houve repercussão na imprensa local; à conclusão basta o fato de que o próprio Ministério Público manifesta-se nos autos motivado pelo prejuízo ao erário, noticiado em jornal. Embora a matéria traduza certo apelo pirotécnico, bem ao sabor do senso comum e com imprecisão de termos (a atecnia em alguns pontos não escapa nem mesmo ao olhar mais desavisado, a exemplo de se ter por resolvida a discussão da incorporação), foi ela suficiente para desencadear toda a rediscussão do tema (fl. 1.634).

A questão, todavia, é saber se há a possibilidade de conhecer-se a matéria, mesmo que inviável a essa altura o conhecimento de embargos. E tenho que a resposta seja afirmativa.

Embora a discussão em embargos tenha sido alcançada pela preclusão, suponho que se possa conhecer dela em outro formato. A única cautela a ser tomada respeita à coisa julgada. A dedução, inclusive, foi feita pelos impetrantes, em segunda linha de argumentação. Contudo, a observação do tema exige algum tempero e cautela.

A possibilidade de revisitar os termos do título judicial chegou a ser ensaiada na decisão que suspendeu a execução. Lá foi dito que não se observaria a preclusão do juízo para corrigir, em face do excesso, o título judicial. Enfim, o *erro de cálculo* poderia ser corrigido, por não incidir nessa quadra a preclusão *pro judicato*.

Mas não creio que é disso que se trate; afinal, para se alcançar o excesso de execução seria necessário apontar a inexigibilidade do título, e não apenas o ajuste do cálculo. Não é, enfim, erro matemático a causa de pedir da correção do título; trata-se de algo sensivelmente mais complexo que o arranjo apontado naquela decisão.

Duas variáveis – uma tomada como premissa maior, outra menor, ou decorrente – devem antes serem observadas: no primeiro caso, suponho, deva-se observar a natureza do título judicial questionado, e os efeitos que projeta.

Destaco que a impetração buscava o pagamento da gratificação suprimida. Havia, portanto, nítida pretensão declaratória, como se nota da ementa do julgado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. EXERCÍCIO NA PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS. GRATIFICAÇÃO ESPECIAL. ATIVIDADE DE NÍVEL SUPERIOR. PERCEPÇÃO CUMULATIVA. VANTAGEM PESSOAL DA FAZENDA. VANTAGENS INTEGRADAS NO PATRIMÔNIO FUNCIONAL. DIREITO ADQUIRIDO E IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTO. *WRIT* CONCEDIDO.

- Não são incompatíveis a vantagem ‘pessoal da Fazenda’ e a ‘gratificação especial’ pelo exercício de atividade de nível superior. O pagamento cumulativo tem suporte legal, ainda porque não são os impetrantes destinatários da Lei Estadual n.º 8.785/92. VOTO VENCIDO” (MS n.º 6.429, da Capital. Rel. Des. Xavier Vieira. Primeiro Grupo de Câmaras. Decisão de 9.3.1994 – fl. 162).

É evidente então que, enquanto mantido o regime jurídico então vigente, não se alteraria o estado das coisas, o que permite concluir que, ao menos até 2005 (até a opção individual pelo novo regime) não se pode questionar os contornos daquela decisão. É a partir de então que novo panorama se desenha e, em tese, permite a confrontação que se propõe; Afinal, não há direito adquirido em relação ao regime jurídico.

Por outro lado, a alteração de cargos, carreiras e salários ocorreu após o curso do mandado de segurança, quando pendente a análise do apelo extraordinário. Trata-se, então, de fato superveniente, que em tese autorizaria a revisão do título judicial nos termos do art. 471, I, do CPC: “*se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito (...) poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença*”.

Não há, evidentemente, assombro nisso; caso bastante corriqueiro é a revisão de alimentos, cuja alteração do estado de fato permite a revisão, e isso sem que atente à coisa julgada. Não é diferente quando está em jogo a modificação do estado de direito em que se ambienta o título, conforme prelecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“A coisa julgada material se forma sobre a sentença de mérito, mesmo que contenha decisão sobre relações continuativas. Essa sentença, ‘que aprecia um feito cujo suporte é constituído por relação dessa natureza, atende aos pressupostos do tempo em que foi preferida, sem, entretanto, extinguir a própria relação jurídica, que continua sujeita às variações de seus elementos’ (Porto. Coment. CPC-RT v. 6, p. 181). Isso porque essa sentença trás ínsita a cláusula *rebus sic stantibus*, de sorte que, modificadas as situações fáticas ou jurídicas sobre as quais se formou a anterior coisa julgada material, tem-se uma nova ação, isto é, com nova causa de pedir próxima (fundamentos de fato) ou nova causa de pedir remota (fundamentos de direito). Não se trata de ‘repropositura’ da mesma ação anterior, cuja sentença de mérito foi acobertada pela coisa julgada, mas sim de ‘propositura’ de ação nova, fundada em novos fatos ou em novo direito. O preceito, portanto, nada tem a ver com a intangibilidade da coisa julgada material, que se mantém intacta. Aliás, essa circunstância, antes de ofender a coisa julgada, na verdade expressamente a reconhece (Porto. Coment. CPC-RT v. 6, p. 182)” (*Código de Processo Civil comentado*, RT, 2010, p. 734-735, como no original).

Dito de outro modo, o reconhecimento de fato superveniente e de sua gerência sobre o título executivo não se confunde com a ofensa à coisa julgada, pois a declaração lá estabelecida não é atingida; ela permanece hígida no contexto em que foi estabelecida.

Assim, a dedução inadvertida e inapropriada de coisa julgada não impediria a revisitação do título, após a adoção pelos impetrantes pelo novo regime jurídico, em face da *alteração do estado de direito*, a fim de discutir eventual absorção, pelo novo formato remuneratório, da gratificação outrora incorporada. O próprio STJ, com interpretação ainda mais generosa, já afirmou que:

“(...) Não ofende a coisa julgada a limitação temporal do pagamento do reajuste, devido em face de decisão judicial, na data da edição da lei que reestrutura a carreira do servidor, uma vez que a superveniência de lei instituindo novo regime jurídico remuneratório modifica a situação fático-jurídica (causa de pedir) existente quando da propositura da ação e, conseqüentemente, faz cessar os efeitos da coisa julgada (...)” (**AgRg no REsp 1.142.274/RS**. Quinta Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. Decisão de 9.3.2010).

Por outro lado, essa possibilidade, evidentemente, por si não justifica a recepção extemporânea das alegações formuladas tanto pelo Ministério Público quanto pelo Estado de Santa Catarina como se embargos fossem, pois não se pode olvidar a preclusão. Mas deve-se atentar ao fato de que as arguições de ordem pública não se sujeitam ao regime preclusivo, salvo se anteriormente enfrentadas (**REsp 798.154/PR**, Rel. Min. Massami Uyeda). Em termos práticos, enquanto pendente a execução *toda matéria de ordem pública* poderá ser deduzida, pela via da exceção à executividade. Afinal, conforme reiteradamente aponta o Superior Tribunal de Justiça,

“É lícito ao executado arguir nulidades de natureza absoluta em exceção de pré-executividade (não alegadas anteriormente em embargos à execução) por configurarem matéria de ordem pública, não se operando sobre elas a preclusão”

De sorte que,

“Não se encontrando findo o processo de execução, é lícito ao executado arguir nulidades de natureza absoluta, que porventura maculem o respectivo título exequendo, posto configurarem matéria de ordem pública, não se operando sobre elas a preclusão” (**AgRg no Ag 977.769/RJ**, Rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial. Decisão de 3.2.2010).

Como em princípio se discute o advento de nova ordem jurídica, posterior à decisão, e com eventual ingerência sobre o título executivo, creio que a matéria não exigisse necessariamente a provocação formal – ao menos não instrumentalizada pela via dos embargos - mas sim cognoscível de ofício, porque não se poderia justificar a omissão em razão do desconhecimento da lei.

Por outro lado, quando menos, penso, bastaria os petítórios para que a matéria fosse conhecida e apreciada. Embora não se possa recepcioná-los como peças de embargos, seja porque preclusos (no caso do Estado), seja porque impróprios pela ilegitimidade (em relação à Procuradoria-Geral do MP/TCE e do MPSC), nada impede, em dado cenário, que se tome as alegações por exceção de executividade, e assim se processe. Afinal a matéria é estritamente de direito, sem a necessidade de dilação probatória, e o STJ, a quem cabe definir sobre a viabilidade da exceção (é o que afirma o próprio STF – **ARE 666.361-AgR**, Rel. Min. Cármen Lúcia) – assim tem admitido.

Dito isso, conheço do pedido feito pelo Estado de Santa Catarina como exceção à executividade. E creio que ao menos em parte deva ser provido.

Conforme já apontei, cuida-se de impetração datada da década de 1990, que assegurou aos impetrantes a percepção de particular vantagem (gratificação especial por atividade de nível superior).

Até então não se estabelecia regimes distintos de pagamento aos impetrantes, tanto que a gratificação em questão decorreu da extensão do benefício, até então assegurado apenas a servidores de outras categorias (fato, aliás, deduzido nas razões do voto do mandado de segurança). Particularmente em relação aos servidores do MP/TCE, a instituição do benefício se deu por meio da Lei n.º 8.644/92. Tratou-se, evidentemente, da equiparação de vantagens entre os servidores estaduais, tendo em vista o regime comum então vigente.

Com a edição da Lei Complementar n.º 297/05, por meio da qual novo regime foi estabelecido aos servidores do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, houve a possibilidade de *opção* por um ou outro regime – aquele então vigente (geral) ou o contemporâneo.

Ao que se infere dos autos, os impetrantes/exequentes optaram pelo novo regime, o que implicou invariavelmente no rearranjo da remuneração. Os vencimentos então passaram a ser escalonados de acordo com a estrutura e as especificidades daquele Órgão, não mais se aplicando, evidentemente, as disposições particulares conferidas aos demais servidores do Estado, no caso de opção pelo novo regime. Afinal, não teria racionalidade alguma disciplinar um regime específico com o abono das disposições que então beneficiavam os servidores submetidos ao regime geral.

Por outro lado, tal como apontam a Procuradoria-Geral do MP/TCE e também o Estado de Santa Catarina, a compensação de eventuais perdas foi ordenada no novo regime – basta que se note o incremento remuneratório, repetidos nas peças juntadas (fl. 1.640), que em todos os casos representaram o incremento de mais de um terço de aumento (já considerados na comparação a vantagem questionada).

Assim, a opção pelo novo regime não poderia significar a adoção de um terceiro, um híbrido entre o regime geral dos servidores estaduais e o regime específico dos servidores do MP/TCE.

Além disso, perda salarial efetivamente não se nota; ao contrário, o planilhamento revelou o quão vantajoso revelou-se o novo regime.

No mais, mesmo que se admitisse a mesclagem de ambos os regimes, não creio que a gratificação pudesse subsistir. Explico.

No caso, o que se tem é típica gratificação de serviço, ou *propter laborem*, e cuja incorporação de regra exigem prescrição legislativa. A propósito, a lição de Hely Lopes Meirelles e outros:

“*Gratificação de serviço (propter laborem)* é aquela que a Administração institui para recompensar riscos ou ônus decorrentes de trabalhos normais executados em condições anormais de perigo ou de encargos para o servidor, tais como os serviços realizados com risco de vida ou prestado fora do expediente, da sede ou das atribuições ordinárias do cargo. O que caracteriza essa modalidade de gratificação é sua vinculação a um serviço comum, executado em condições excepcionais para o funcionário, ou a uma situação normal do serviço mas que acarreta despesas extraordinárias para o servidor. Nessa categoria de gratificações entram, dentre outras, as que a Administração paga pelos trabalhos realizados com risco de vida e saúde; pelos serviços extraordinários; pelo exercício do Magistério; pela representação de gabinete; pelo exercício em determinadas zonas ou locais; pela execução de trabalho técnico ou científico não decorrente do cargo; pela participação em banca examinadora ou comissão de estudo ou de concurso; pela transferência de sede (*ajuda de custo*); pela prestação de serviço fora de sede (*diárias*).

Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja, porque são retribuições pecuniárias *pro labora faciendo e propter laborem*. Cessado o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento. Daí por que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador” (*Direito administrativo brasileiro*, Malheiros, 2008, p. 501-502).

Na espécie, não tenho dúvidas, a *gratificação* então percebida decorria da *natureza do trabalho* (atividade de nível superior). Ou seja, elas não dizem propriamente à particular qualidade do servidor, mas à exigência da Administração. E bem por isso não são imutáveis, como já apontou o STJ ao afirmar, em relação ao teto remuneratório, que:

“Se incluem na fixação do teto remuneratório, podendo sofrer a aplicação do redutor constitucional, as gratificações de produtividade de nível superior e de função, pois são retribuições decorrentes do cargo, pagas a todos que o exerçam, não representando situação individual, decorrente da natureza ou do local do trabalho” (**AgRg nos Edcl no REsp 1.210.074/SC**. Primeira Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Decisão de 4.8.2011).

Faço a advertência para que não se confunda a garantia de pagamento autorizada pelo julgamento e o direito adquirido a regime jurídico: o pagamento da gratificação, efetivamente, não migrou, quer porque a adoção do novo regime, que não o prevê, era opcional, quer porque não se trata de *vantagem de cunho pessoal*.

Se cuidasse o caso de vantagem inerente à pessoa, efetivamente não haveria a renúncia. Mas não é disso que se trata.

Observo que a LCE 297/05 conferiu trato pontual e seletivo às incorporações, e apenas as admitiu em relação àqueles adicionais individuais (pessoais) do agente público. A lei assim disciplina:

“Art. 16. Para os servidores que optarem pelo Quadro de Pessoal da Procuradoria Geral junto ao Tribunal de Contas as vantagens atualmente percebidas a título de produtividade ficam extintas.

Parágrafo único. Os servidores que permanecerem à disposição da Procuradoria Geral junto ao Tribunal de Contas, na data de início da vigência da presente Lei Complementar, fica assegurado o pagamento das atuais vantagens percebidas.

Art. 17. São devidas aos servidores ativos e inativos integrantes do Quadro de Pessoal da Procuradoria Geral junto ao Tribunal de Contas as vantagens pessoais incorporadas”.

Não houve, portanto, a possibilidade de incorporação pelo novo regime, que não a prescrevia. Além disso, observo que a lei instituidora da gratificação – a Lei Promulgada n.º 1.134/92 – já prescrevia que “*a gratificação criada pelo ‘caput’ deste artigo não será incorporada, em nenhuma hipótese, aos proventos aposentatórios, incidindo sobre a mesma o adicional por tempo de serviço*” (art. 3.º, § 1.º). Daí, em princípio, não projetar nenhum efeito e, por outro lado, manter-se unicamente enquanto existente o pressuposto de sua concessão (o exercício de atividade de nível superior, no caso concreto).

Bem a propósito, observo que a decisão do mandado de segurança não contemplou, mesmo de passagem ou de modo implícito, a incorporação da gratificação como verba, em si considerada; na verdade apenas assegurou a percepção concorrente com outra vantagem, e sobretudo a manutenção dos vencimentos. Veja-se a fundamentação do decidido:

“A quaestio vem equacionada, com proverbial lucidez, pelo parquet, neste Grau:

‘...’

‘A Lei n. 1.134, de 29.5.92 (MP 27/92), fixando novos valores de vencimentos e instituindo gratificação especial, no art. 5º, estabelece que as despesas da sua aplicação correrão à conta das dotações orçamentárias do Estado.

‘Da mesma forma a Lei n. 8.644, de 1º.6.92, dispondendo sobre gratificação nominalmente identificada, em seu art. 2º.

‘A restrição posta pelo ilustre informante é só para um determinado setor do funcionalismo.

‘Inexistente, pois, divergência com a redação do parágrafo único do art. 169 da Constituição Federal.

‘No mérito, a Lei n. 8.644/92, estendeu a gratificação referida na Lei n. 6.222/83 de forma geral aos servidores da Secretaria da Fazenda e Planejamento, alcançando a Procuradoria-Geral junto ao Tribunal de contas etc. com exclusão que não vem ao caso.

‘A Lei n. 1.134/92 criou, em seu art. 3º, uma gratificação especial pelo efetivo exercício de atividade de nível superior, que alcança parte dos funcionários beneficiados na lei anterior, entre eles os ora impetrantes.

‘A Lei n. 8.796, de 21.9.92, concede aos servidores de nível médio e auxiliar a gratificação acima referida, excluindo os servidores ocupantes de cargos que exaustivamente menciona, neles não incluídos os impetrantes; entretanto, o parágrafo 2º do seu art. 1º veda percepção cumulativa da gratificação supra mencionada, resguardado o direito de opção.

‘Ocorreu, pois, um nivelamento das vantagens das quais eram recipientes os servidores de nível médio e auxiliar, com os de nível superior.

‘O Decreto n. 1.875, de 25.5.92, regulamentando esta gratificação (da LP n. 27/92, depois Lei n. 1.134/92) e que vinha sendo cumprido em relação aos impetrantes, conforme demonstrado nos contracheques inclusos, não podia deixar de ser cumprido, pois como já dito e comprovado na reprografia dos apostilamentos, os impetrantes não são os destinatários da Lei n. 8.785/92, pois são de outro nível, não tendo qualquer cumulação.

‘Assim, pela concessão do writ.’ (fls. 164-166).

Ainda que a leitura desavisada da ementa possa sugerir algo para além, é fácil observar, da leitura das razões de julgamento, que o mandado de segurança não ordenou – nem poderia – a *incorporação*, mas fez observar apenas a *irreduzibilidade do vencimento* (que compreende o efetivo direito adquirido). E isso, a toda evidência, foi preservado.

Aos servidores do MP/TCE foi conferida, repito, a faculdade de optar tanto por um quanto por outro regime. E a própria norma estipulou regras muito claras, a fim de que o servidor pudesse mensurar, de acordo com seus interesses, qual seria o melhor regime a adotar, limitando de modo muito claro a migração nominal de vantagens.

Assim, noto que, sem olvidar o incremento salarial – que absorveu com facilidade o valor percebido pela gratificação – o novo regime estipulou outras vantagens funcionais de estímulo, das quais, eventualmente, se pudesse agraciar os servidores que migraram de regime. Houve, assim, equiparação entre os servidores que optaram pelo novo modelo, sem privá-los da natural distinção decorrente do tempo de serviço público. No mais, apenas uma vantagem admitiu a adequação de forma distinta (considerando possivelmente sua natureza), e tudo de modo a estabelecer equivalência. A propósito, dispõe o art. 31 da Lei Complementar n.º 297/05:

“Art. 31. Aos servidores optantes da Vantagem Nominalmente Identificável, prevista no art. 1º da Lei Complementar nº 83, de 18 de março de 1993, fica assegurada a adequação aos valores decorrentes da aplicação do Anexo V desta Lei Complementar”.

No mais, não se tratou da manutenção de vantagens – senão das pessoais – imprimindo novo formato aos vencimentos. Eis o preço da opção. A única possibilidade de assegurar a percepção daquela vantagem se daria na hipótese de permanência no antigo regime.

Veja-se que a sistemática observa regras mínimas: a primeira, de que não se assegura direito adquirido em relação ao regime jurídico, respeitando-se apenas o patrimônio pessoal (do que não se discute perda, porque houve absorção em face do incremento remuneratório, e não redução remuneratória); a segunda, de que o novo regime, por ser específico, automaticamente exclui as disposições com ele incompatíveis (não se fala em revogação, pois o benefício não foi simplesmente excluído, mas limitada sua aplicação aos servidores que mantiveram a opção pelo regime vigente – assegurando, enfim, o direito adquirido).

Em síntese, com a concorrência de dois regimes distintos, não se poderia simplesmente revogar benefícios anteriores (o que prejudicaria os que desejassem permanecer no regime antigo). E, por outro lado, o regime atual, com nova roupagem, não contemplou a vantagem formalmente, porque reordenou a carreira.

O que se pretende é a remuneração por intermédio de um regime híbrido, tendo por base o novo regime, e vantagem que só pode beneficiar os que se mantiveram no antigo formato, o que evidenciaria enorme assimetria entre cargos da mesma natureza. No mais, se a pretensão fosse manter a gratificação bastaria que se estipulasse a natural migração de todos os acúmulos funcionais (independentemente da natureza). Afinal, a quê razão se permitiria escolher entre um e outro?

Enfim, é indiscutível o direito à percepção da vantagem até 2005, época do ingresso no novo regime, desde quando não há direito algum em face daquela vantagem. Daí porque indefiro o pedido de cumprimento do acórdão, e dou por extinta a execução.

É como voto.

Apelação Cível n. 2013.088629-7, de Chapecó

Relator Designado: Des. Carlos Adilson Silva

APELAÇÃO CÍVEL. COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA COM FUNDAMENTO NO ART. 555, §1º, DO CPC. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONCEDIDO NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE RECURSO DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. RECURSO DA AUTORA. CONTROVÉRSIA ENTRE AS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE DESCONTO DOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE AUXÍLIO-DOENÇA NO PERÍODO EM QUE A SEGURADA MANTEVE VÍNCULO EMPREGATÍCIO.

DIVERGÊNCIA COMPOSTA, POR MAIORIA, NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE DE DESCONTO OU COMPENSAÇÃO PELO ÓRGÃO ANCILAR, SOB PENA DE RECONHECIMENTO DA INEFICIÊNCIA DO INSS. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LABORAL PARA MANUTENÇÃO DA SUBSISTÊNCIA, COM INEGÁVEL SACRIFÍCIO DA SAÚDE E POSSIBILIDADE DE PIORA DO QUADRO CLÍNICO. INTERPRETAÇÃO DA LEI PREVIDENCIÁRIA QUE DEVE LEVAR EM CONSIDERAÇÃO OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. PRECEDENTES DO TRF4. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO. RECURSO PROVIDO. DE MAIS TERMOS DO VEREDICTO CONFIRMADOS EM REEXAME NECESSÁRIO.

Não se afigura justo tenha o beneficiário que devolver, ou compensar, na hipótese, os valores percebidos do Órgão Ancilar, pois, nesse caso, estar-se-ia, em outras palavras, chancelando a ineficiência da Autarquia Previdenciária, porquanto indeferiu o auxílio-doença, mesmo estando o segurado incapacitado para o labor, obrigando-o a retornar ao trabalho, por ausência de alternativa à manutenção da sobrevivência, em prejuízo do seu estado mórbido.

Se a Justiça revela-se no estado de interação entre os litigantes com o objetivo de equilibrar as relações, nada mais justo do que ponderar os efeitos das decisões judiciais sobre as pessoas envolvidas, privilegiando-se sempre o princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana.

“1. O trabalho exercido pelo segurado no período em que estava incapaz decorre da necessidade de sobrevivência, com inegável sacrifício da saúde do obreiro e possibilidade de agravamento do estado mórbido. 2. Não obstante a ausência de previsão legal para tal compensação, a prática de tais descontos, com aval do Judiciário, redundaria em recompensar a falta de eficiência do INSS na hipótese dos autos, pois, inegavelmente, o benefício foi negado erroneamente pela perícia médica da Autarquia. 3. (...)”. (IUJEF 0006143-16.2009.404.7251, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relator Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva, D.E. 09/03/2011).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.088629-7, da comarca de Chapecó (1ª Vara da Fazenda Acidentes do Trab e Reg Público), em que é apelante Dinamar Aparecida Marchiori, e apelado Instituto Nacional do Seguro Social INSS:

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por maioria de votos, composta a divergência, dar provimento ao recurso, confirmando-se os demais termos da sentença em reexame necessário. Vencidos os Exmos. Srs. Des. Jorge Luiz de Borba, Rodrigo Cunha, Ricardo Roesler, Newton Trisotto e Jaime Ramos. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 09 de julho de 2014, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Jorge Luiz de Borba, Des. Rodrigo Cunha, Des. Ricardo Roesler, Des. Stanley da Silva Braga, Des. Francisco Oliveira Neto, Des. Newton Trisotto, Des. Cesar Abreu, Des. Cid Goulart, Des. Jaime Ramos e Des. João Henrique Blasi.

Florianópolis, 30 de julho de 2014.

Carlos Adilson Silva
RELATOR DESIGNADO

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Dinamar Aparecida Marchiori combatendo a sentença exarada às fls. 122-136, que concedeu o auxílio-doença acidentário à autora, ressaltando o período em que esta tenha recebido salário, seguro-desemprego ou outro auxílio-doença, a contar de 09/07/2010 (data do requerimento administrativo), para assegurar a aplicação da lei previdenciária e evitar o locupletamento ilícito.

A insurgência recursal refere-se à determinação de não percepção da benesse no período em que a autora esteve trabalhando, por entender que foi obrigada a retornar ao labor, mesmo incapacitada, para prover sua família, em atentado a sua saúde e dignidade. Defende merecer a verba no período diante da dor enfrentada, não havendo se falar em enriquecimento ilícito, como entendeu o Magistrado a quo, exceto se por parte do réu, que auferiu contribuições enquanto a segurada estava incapacitada e doente.

Averberou ter retornado ao trabalho com esforço indevido, pois, sem o benefício previdenciário, não poderia garantir condições dignas de sobrevivência. Ao final, pugnou pela procedência do recurso.

Em contrarrazões (fls. 155-158), o INSS sustentou a viabilidade da compensação dos valores, na forma determinada na sentença, porquanto é vedada a percepção de benefício por incapacidade com salário, consoante dispõe o art. 59, da Lei n. 8.213/91.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o ilustre Procurador Dr. André Carvalho, manifestando-se pela ausência de interesse público justificador da intervenção (fls. 164).

A Apelação Cível foi submetida à apreciação da Primeira Câmara de Direito Público, que decidiu suspender o julgamento do feito, e afetar os

autos ao Grupo de Câmaras de Direito Público, na forma do art. 555, §1º, do CPC, diante da divergência entre os órgãos fracionários sobre a matéria.

É o relato do necessário.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Inconformada com o veredicto julgando procedente o pedido para condenar o INSS a pagar-lhe o auxílio-doença, a autora recorreu, pugnando pela reforma da sentença apenas no concernente à ressalva determinada pelo Magistrado *a quo*, autorizando o desconto de eventual benefício que a segurada tenha percebido por força de salário, seguro-desemprego, ou outro auxílio-doença, fundamentando seus motivos de convencimento na aplicação da lei previdenciária, evitando locupletamento indevido ou *bis in idem*.

A matéria não é nova nesta Corte, tendo sido enfrentada por todas as Câmaras de Direito Público desta Sodalício. Nada obstante, os entendimentos sobre o tema têm sido divergentes, tendo alguns órgãos julgadores decidido pela ilegalidade da cumulação do benefício com salário recebido pelo empregado, na esteira do julgamento exarado pelo Togado Sentenciante, e outros, pela impossibilidade de dedução do período em que manteve vínculo empregatício, sob pena de cancelar a ineficiência da Autarquia Previdenciária Federal.

Diante deste cenário, a Primeira Câmara de Direito Público, acertadamente, suspendeu o julgamento destes autos, remetendo-o ao Grupo de Câmaras de Direito Público, com fundamento no artigo 555, § 1º, do Código de Processo Civil, com a finalidade de compor a divergência entre os julgadores, evitando-se decisões conflitantes, e, principalmente, preservando a segurança jurídica a fim de aplicar-se adequadamente o princípio constitucional da igualdade, observando-se o caso concreto.

Em sendo assim, registra-se que a Primeira Câmara de Direito Público vem decidindo pela impossibilidade de cumulação do auxílio-doença com o salário percebido pelo empregado, consoante se infere do seguinte aresto, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. PERDA PARCIAL DA CAPACIDADE LABORATIVA. AUXÍLIO-DOENÇA DEVIDO. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. RECURSOS DESPROVIDOS.

01. Não havendo prova da plena recuperação da capacidade laborativa do segurado, tem ele direito ao restabelecimento do auxílio-doença, desde a data em que o pagamento do benefício foi indevidamente suspenso. 02. O auxílio-doença é devido “ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade” (Lei n. 8.213/1991, art. 60). Porém, “é ilegal a cumulação do auxílio-doença com o salário percebido pelo empregado, sob pena de haver enriquecimento sem causa. Se ele trabalhou quando deveria estar afastado por incapacidade, não tem direito ao auxílio-doença durante o período” (AgAC n. 2010.012639-8, Des. Vanderlei Romer). (TJSC, Apelação Cível n. 2013.057413-4, de Chapecó, rel. Des. Newton Trisotto, j. 05-11-2013).

No mesmo sentido é a razão de decidir da Quarta Câmara de Direito Público:

ACIDENTE DE TRABALHO - DOENÇA OCUPACIONAL - SÍNDROME DO IMPACTO NO OMBRO ESQUERDO - INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA PARA O TRABALHO - AUXÍLIO-DOENÇA DEVIDO - RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO - MARCO INICIAL - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA - ADEQUAÇÃO - APLICAÇÃO DA LEI N. 11.960/09 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Restabelece-se o auxílio-doença à segurada que, em razão de acidente do trabalho ou doença ocupacional, encontra-se temporariamente incapacitada para exercer suas atividades habituais, até quando for restabelecida sua capacidade para o exercício da mesma atividade. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2012.000552-6, de Chapecó, rel. Des. Jaime Ramos, j. 11-04-2013).

E, do corpo do acórdão, extrai-se o seguinte excerto:

“Observa-se, pois, que independentemente do termo inicial da concessão do auxílio-doença, é preciso esclarecer que, nos meses em que a segurada recebeu salários integrais, não poderá haver pagamento de qualquer benefício, que é substitutivo da renda do segurado, daí a reforma parcial da sentença, para evitar o “bis in idem” (coexistência dos salários com a renda do benefício acidentário).

Dessa sorte, é conveniente estabelecer então o termo inicial do auxílio-doença acidentário concedido na sentença, na data de 05.10.2007, e determinar a suspensão do benefício nos meses em que a autora efetivamente trabalhou e teve remuneração integral, ou seja, das parcelas implantadas desde o requerimento administrativo, devem ser excluídos todos os meses em que a autora/segurada teve seu contrato de trabalho reativado, até a recuperação da capacidade de trabalho da autora para as atividades que ela exercia à época em que adquiriu os males em seus membros superiores, a ser verificada pela junta médica do INSS, oportunamente” (grifos no original).

De outro vértice, a Segunda e a Terceira Câmaras de Direito Público divergem de aludido entendimento, firmando a compreensão lastreada na premissa de que, se o obreiro trabalhou quando deveria receber auxílio-doença, posteriormente reconhecido em juízo, o fez porque necessitava da renda para sobreviver, utilizando-se de esforço indevido, daí porque o desconto dos valores percebidos a esse título não pode ser permitido.

Eis o julgado da Segunda Câmara de Direito Público:

APELAÇÃO CÍVEL - ACIDENTÁRIO - PLEITO DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU DE RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO AUXÍLIO-DOENÇA - SEGURADA PORTADORA DE SEQUELA POR FRATURA NO ANTEBRAÇO ESQUERDO - PERÍCIA JUDICIAL QUE ATESTA A EXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA DA OBREIRA PARA O EXERCÍCIO DE SUAS ATIVIDADES LABORATIVAS - REQUISITOS DO ART. 42 DA LEI N. 8.213/1991 NÃO PREENCHIDOS - SENTENÇA DE

RESTABELECIMENTO DO AUXÍLIO-DOENÇA MANTIDA - EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA NO PERÍODO EM QUE A SEGURADA APRESENTAVA INCAPACIDADE, NÃO IMPLICA DEDUÇÃO DOS VALORES DEVIDOS A TÍTULO DE AUXÍLIO-DOENÇA - RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO.

“[...] o fato de o obreiro ter trabalhado durante o período em que percebia auxílio-doença não comprova a inexistência da incapacidade, efetivamente verificada pelo experto do juízo, pois, tratando-se de pessoa simples, pretendia o aumento da renda pelo trabalho, não obstante a lesão incapacitante, exercendo esforço indevido” (Apelação Cível n. 2006.021862-9, de Joinville, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, TJSC), daí porque a remuneração eventualmente percebida nesse período “[...] não implica abatimento do valor do benefício nem postergação de seus efeitos financeiros. [...]” (Incidente de Uniformização JEF n. 0016284-18.2009.404.7050, rela Juíza Federal Luísa Hickel Gamba - Turma Regional de Uniformização, TRF/ 4ª Região).” (Apelação Cível n. 2011.043629-2, de Criciúma, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 25-10-2011) (TJSC, Apelação Cível n. 2013.086616-1, de Videira, rel. Des. Cid Goulart, j. 20-05-2014).

No mesmo rumo, colhe-se dos julgados da Terceira Câmara de Direito Público:

ACÇÃO ACIDENTÁRIA. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ACIDENTÁRIA. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE VERIFICADA POR PERÍCIA JUDICIAL. SÍNDROME DOLOROSA DE OMBRO DIREITO DEVIDO A INFLAMAÇÃO. REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO VERIFICADOS. DATA DE INÍCIO: A CONTAR DA CESSAÇÃO ADMINISTRATIVA DO AUXÍLIO-DOENÇA. AJUSTE NOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. DESPROVIMENTO DO APELO. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.061411-5, de Seara, rel. Des. Cesar Abreu, j. 25-03-2014).

E, do corpo do acórdão, extrai-se:

“Quanto às alegações do Órgão Ancilar, a respeito da inacumulabilidade do benefício com o recebimento de salário no período em que o autor ainda estava com a capacidade de trabalho comprometida, sem razão.

Tal questão já fora pacificada em recente julgamento da Turma Regional de Uniformização da Quarta Região, in verbis:

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO DO RELATOR DO INCIDENTE REGIONAL QUE DEU PROVIMENTO AO PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. TRABALHO EXERCIDO NO PERÍODO EM QUE FOI DEFERIDO BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONTOS. MATÉRIA JÁ UNIFORMIZADA. 1. “1. O trabalho exercido pelo segurado no período em que estava incapaz decorre da necessidade de sobrevivência, com inegável sacrifício da saúde do obreiro e possibilidade de agravamento do estado mórbido. 2. Não obstante a ausência de previsão legal para tal compensação, a prática de tais descontos, com aval do Judiciário, redundaria em recompensar a falta de eficiência do INSS na hipótese dos autos, pois, inegavelmente, o benefício foi negado erroneamente pela perícia médica da Autarquia. 3. (...)”. (IUJEF 0006143-16.2009.404.7251, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relator Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva, D.E. 09/03/2011). 2. Agravo regimental não provido. (Agravo Regimental em Incidente de Uniformização JEF n. 5000605-93.2012.404.711, Relator: Leonardo Castanho Mendes, j. em 21/06/2012).

E, mais:

TRABALHO EXERCIDO PELO SEGURADO NO PERÍODO EM QUE FOI DEFERIDO BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. DESCONTOS. IMPOSSIBILIDADE.

“1. O trabalho exercido pelo segurado no período em que estava incapaz decorre da necessidade de sobrevivência, com inegável sacrifício da saúde do obreiro e possibilidade de agravamento do estado mórbido. 2. Não obstante a ausência de previsão legal para tal compensação, a prática de tais descontos, com aval do Judiciário, redundaria em recompensar a falta de eficiência do INSS na hipótese dos autos, pois, inegavelmente, o benefício foi negado erroneamente pela perícia médica da Autarquia. 3. (...)”. (IUJEF 0006143-16.2009.404.7251, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relator Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva, D.E. 09/03/2011)

Diante do cenário jurisprudencial verificado nas Câmaras de Direito Público desta Corte, necessária a composição da divergência, como

dito, a fim de melhor aquilatar a *quaestio juris* à realidade enfrentada pelos segurados que têm o benefício previdenciário de auxílio-doença reconhecido em período posterior àquele em que houve a necessidade de retorno ao trabalho para manutenção de sua sobrevivência.

Nesse pensar, em que pese o profundo respeito que nutro pelos eminentes Desembargadores que entendem o contrário, a tese jurídica que deve prevalecer é a de não ser admitida a devolução dos valores percebidos pelo beneficiário a título de salário ou seguro-desemprego.

Com efeito, malgrado o entendimento de que “o auxílio-doença é benefício substitutivo de salário, sendo vedada a sua cumulação com o recebimento de remuneração.” (AC n. 2012.090826-0, Des. José Volpato de Souza) - (*vide* outras decisões A C n. 2013.063157-5, de Forquilha, rel. Des. Newton Trisotto, j. 26-11-2013; AC n. 2013.008475-2, de Joinville, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 21-05-2013; AC n. 2012.000552-6, de Chapecó, rel. Des. Jaime Ramos, j. 11/04/2013), na hipótese em que o segurado, ao qual foi posteriormente reconhecido o direito ao auxílio-doença, contudo, foi obrigado a retornar ao trabalho, mesmo incapacitado para o labor, por necessidade de sobrevivência, exatamente no período em que deveria estar recolhido para tratar da patologia que o acomete, resta inconteste que o fez com inegável sacrifício de sua saúde, com o risco, inclusive, de agravamento da doença!

Assim, nesse pensar, não se afigura justo tenha o beneficiário que devolver, ou compensar, os valores percebidos a título de auxílio-doença junto ao Órgão Ancilar, pois, nesse caso, estar-se-ia, em outras palavras, chancelando a ineficiência da Autarquia Previdenciária, porquanto indeferiu o auxílio-doença, mesmo estando o segurado incapaz, obrigando-o a retornar ao trabalho, por ausência de alternativa à manutenção da sobrevivência, em prejuízo do seu estado mórbido.

Demais disso, se a Justiça revela-se no estado de interação entre os litigantes com o objetivo de equilibrar as relações, nada mais justo do que

ponderar os efeitos das decisões judiciais sobre as pessoas envolvidas, privilegiando-se sempre o princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana, na medida em que, como dito, na hipótese, o INSS deixou de aferir a incapacidade do segurado no momento oportuno, com fundamento em perícia médica equivocada, obrigando-o a buscar outro modo de arcar com as despesas básicas para a sua subsistência, não sendo, por consectário lógico, razoável tenha que devolver eventuais valores recebidos por força de vínculo empregatício.

Registra-se, por oportuno, os motivos que levam a esta razão de decidir representam, a meu sentir, inegável evolução na forma de interpretar a legislação previdenciária, privilegiando os princípios constitucionais que regem a vida em sociedade.

A propósito, referido entendimento encontra guarida em precedentes sufragados pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, estes que, aliás, formaram o convencimento da Segunda e Terceira Câmaras de Direito Público no mesmo sentido, *ad litteram*:

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO DO RELATOR DO INCIDENTE REGIONAL QUE DEU PROVIMENTO AO PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. TRABALHO EXERCIDO NO PERÍODO EM QUE FOI DEFERIDO BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONTOS. MATÉRIA JÁ UNIFORMIZADA.

“1. O trabalho exercido pelo segurado no período em que estava incapaz decorre da necessidade de sobrevivência, com inegável sacrifício da saúde do obreiro e possibilidade de agravamento do estado mórbido. 2. Não obstante a ausência de previsão legal para tal compensação, a prática de tais descontos, com aval do Judiciário, redundaria em recompensar a falta de eficiência do INSS na hipótese dos autos, pois, inegavelmente, o benefício foi negado erroneamente pela perícia médica da Autarquia. 3. (...).” (IUJEF 0006143-16.2009.404.7251, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relator Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva, D.E. 09/03/2011).

2. Agravo regimental não provido. (Agravo Regimental em Incidente de Uniformização JEF n. 5000605-93.2012.404.711, Relator: Leonardo Castanho Mendes, j. em 21/06/2012) – grifou-se.

De conseguinte, nos termos da fundamentação, a solução retratada no aresto paradigma, oriundo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, bem assim, o entendimento firmado pela Segunda e Terceira Câmara de Direito Público devem prevalecer, pois evidenciam a forma mais adequada de interpretar o direito, a partir do caso concreto.

A hipótese retratada nos presentes fólios revela-se, pois, inserida nos paradigmáticos julgamentos anteriormente retratados, porquanto à segurada Dinamar Aparecida Marchiori foi concedido na via administrativa o auxílio-doença (NB 91/531.219.494-4), com início em 02/07/2008, cessado em 10/01/2009.

Posteriormente, através de requerimento administrativo (NB 541.703.297-9) firmado em 09/07/2010, a apelante postulou novamente o benefício, o qual lhe foi negado em 17/10/2010.

Em juízo, através de perícia, restou constatado estar a autora acometida de cervicobraquialgia (coluna cervical), asseverando o *expert* tratar-se de “incapacidade parcial e temporária”, deixando assentado, contudo, que “*a paciente deverá evitar atividades que demandem flexão e extensão da coluna da coluna cervical e atividades que demandem repetitividades das mãos e punhos*”, registrando ainda a possibilidade de reversão total da lesão, restando, em sentença irrecorrida pelo Órgão Ancilar, condenado a implementar o auxílio-doença em favor da segurada, a partir do requerimento administrativo indeferido.

Assim, por ter laborado em prejuízo de sua saúde, não há se falar em inexistência de direito da autora aos valores concernente ao auxílio-doença no período em que percebeu salário por força de vínculo empregatício, motivo pelo qual o provimento do recurso é medida que se impõe.

De qualquer sorte, salienta-se, segundo se infere da documentação encartada aos fólios, a segurada foi demitida da Sadia em 5/12/08 (fl. 16).

As contribuições previdenciárias foram recolhidas pela Sadia até o mês de dezembro de 2008, não havendo mais contribuições registradas posteriormente pelo INSS (CNIS de fl. 88), a evidenciar que a segurada não retornou ao mercado de trabalho, usufruindo do auxílio-doença até 10/01/2009.

Em verdade, não há prova nos autos de que a autora tenha retornado ao mercado de trabalho e auferido salário no período em que teve reconhecido o direito ao benefício de auxílio-doença (a contar de 9/07/2010), e se exerceu atividade laboral o fez com prejuízo da sua saúde, pois deveria estar afastada para tratamento, sendo indevida, por qualquer prisma que se enfoque a quaestio iuris, a devolução ou compensação com valores hipoteticamente recebidos!

Outrossim, em reexame necessário, a sentença deve ser mantida na íntegra, porquanto revela-se acertada diante da situação fática experimentada pela autora, a partir da conclusão do laudo pericial de fls. 91-97.

Diante do exposto, em composição de divergência, por maioria de votos, decidiu-se que o período em que a segurada possuiu vínculo empregatício quando deveria receber auxílio-doença por incapacidade laborativa não pode ser descontado ou compensado pela Autarquia Previdenciária, porquanto o fez com esforço, em sacrifício de sua saúde, intensificando o risco de piora do quadro mórbido existente, e, por esta razão, dá-se provimento ao recurso, confirmando-se os demais termos da sentença em reexame necessário.

Este é o voto.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Jorge Luiz de Borba

Ousei dissentir da maioria pelos fundamentos a seguir esposados.

Diz o apelante que é indevida a determinação de desconto referente a eventuais períodos em que possa ter percebido importâncias a título de salário, auxílio-doença diverso ou seguro-desemprego.

O eminente relator, sustenta que, “não se afigura justo tenha o beneficiário que devolver, ou compensar, os valores percebidos a título de auxílio-doença junto ao Órgão Ancilar, pois, nesse caso, estar-se-ia, em outras palavras, chancelando a ineficiência da Autarquia Previdenciária, porquanto indeferiu o auxílio-doença, mesmo estando o segurado incapaz, obrigando-o a retornar ao trabalho, por ausência de alternativa à manutenção da sobrevivência, em prejuízo do seu estado mórbido”, razão pela qual o recurso merece ser provido.

No entanto, nos moldes da Lei n. 8.213/1991, é sabido que os benefícios acidentários, com exceção do auxílio-acidente que possui caráter indenizatório, possuem natureza substitutiva dos salários. Logo, entendo que o recebimento cumulado de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez com valores substitutivos da renda do trabalhador ensejam o enriquecimento ilícito do segurado.

Dessarte, com estas considerações, e pedindo vênia à douta maioria, é que ousei divergir, votando no sentido de manter a decisão de primeiro grau.

Florianópolis, 11 de agosto de 2014.

Desembargador Jorge Luiz de Borba

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Rodrigo Cunha

Divergi da douta maioria pelas mesmas razões expostas no voto da lavra do eminente Des. Jorge Luiz de Borba.

Florianópolis, 14 de agosto de 2014.

Rodrigo Cunha
Desembargador

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto

Divergi da douta maioria pelas razões expostas pelo eminente Desembargador Jorge Luiz de Borba.

Florianópolis, 29 de agosto de 2014

Desembargador Newton Trisotto

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Ricardo Roesler

Divergi da ilustrada maioria pelas razões que expõe o eminente Des. Jorge Luiz de Borba.

Florianópolis, 4 de setembro de 2014.

Ricardo Roesler
DESEMBARGADOR

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Des. Jaime Ramos

Ousei divergir da douta maioria, não obstante o respeito que devo aos demais membros deste Grupo de Câmaras de Direito Público, pelos mesmos motivos expendidos na declaração de voto vencido do eminente Des. Jorge Luiz de Borba.

Com o devido respeito.

Florianópolis, 08 de setembro de 2014.

Des. Jaime Ramos

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 2011.062502-6, de Concórdia

Relator: Des. Carlos Adilson Silva

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE TERRESTRE DE PASSAGEIROS. LEI COMPLEMENTAR N. 87/96. CONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO MECANISMO DA NÃO CUMULATIVIDADE. DISTINÇÃO ENTRE “CONTRIBUINTE DE DIREITO” E “CONTRIBUINTE DE FATO” (O USUÁRIO), QUE NÃO POSSUI DIREITO À ESCRITURAÇÃO DE CRÉDITO FISCAL. ARTS. 4º, 11, II, “A” E “C”, E 12, V E XII. IDENTIFICAÇÃO DO FATO GERADOR DO IMPOSTO, SUA BASE DE CÁLCULO E A IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. PRECEDENTES DO TJSC E TJRS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“Mostra-se harmônica com a Constituição Federal a incidência do ICMS sobre a prestação de serviço de transporte terrestre” (ADI 2.669/DF, rel. Min. Nelson Jobim, rel. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2014, DJe 06/08/2014).

“É constitucional a previsão de incidência do ICMS sobre a prestação de serviços de transporte rodoviário coletivo, intermunicipal e interestadual, de passageiros, prevista nos arts. 4º, 11, II, alíneas “a” e “c”, e 12, V e XIII, ambos da Lei Complementar nº 87/96, que, nos termos do art. 146, III, “a”, da CF em vigor, define o fato gerador, a base de cálculo e o contribuinte daquele imposto” (TJRS, Apelação Cível n. 70010874444, Segunda Câmara Cível, rel. Des. Roque Joaquim Volkweiss, j. em 27/04/2005).

Importa distinguir a figura do “contribuinte de direito” do “contribuinte de fato”: “contribuinte de fato” é aquele que suporta os encargos financeiros do tributo, mas não o recolhe, o que incumbe ao “contribuinte de direito”.

No tocante ao uso do serviço de transporte terrestre interestadual e intermunicipal pelo “contribuinte de fato” (ou seja, pelo passageiro), não incide

a sistemática de apuração do imposto não cumulativo, pois não será gerado novo débito, mostrando-se inviável, dessa forma, qualquer escrituração de crédito fiscal, ou seja, o “contribuinte de fato” “(...) *está fora da sistemática da não-cumulatividade prevista no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal*” (Agravo de Instrumento n. 2009.046983-0, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 10/05/2011).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.062502-6, da comarca de Concórdia (2ª Vara Cível), em que é apelante Transportes Coletivos Zonta Ltda., e apelado Estado de Santa Catarina:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 14 de outubro de 2014, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Luiz de Borba, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva e Des. Gerson Cherem II.

Florianópolis, 15 de outubro de 2014.

Carlos Adilson Silva
RELATOR

RELATÓRIO

Transportes Coletivos Zonta Ltda. ajuizou “*ação ordinária com pedido de antecipação de tutela*” em face do Estado de Santa Catarina, aduzindo que o ICMS não incide sobre o transporte coletivo terrestre de passageiros, por não haver, ainda, em nível nacional, uma disciplina legal capaz de assegurar o seu caráter não cumulativo.

Na busca pelo acolhimento de sua pretensão, sustentou que: *a*) a Lei Complementar n. 87/96 disciplinou a tributação dos serviços de transporte de cargas e passageiros de modo uniforme, adotando exatamente os mesmos critérios quanto às operações de circulação de merca-

doria, ferindo, assim, o art. 146, III, “a”, da Constituição Federal; e **b**) em situação análoga à hipótese dos autos, no julgamento da ADI 1.600-8, o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade do ICMS incidente sobre o serviço aéreo intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros, e de transporte aéreo internacional de carga.

Requeru a antecipação dos efeitos da tutela, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário, e, ao final, a procedência do pedido, declarando-se a inexistência de relação jurídico-tributária apta a legitimar a cobrança do ICMS sobre a atividade de transporte coletivo terrestre de passageiros (fls. 02-10).

Regularmente citado, o réu apresentou tempestiva resposta em forma de contestação, suscitando, preliminarmente, a inépcia da inicial, além da inexistência dos requisitos autorizadores da tutela antecipada.

No mérito, alegou que a tributação encontra previsão legal no Convênio ICMS n. 66, de 14/12/1988, além da Lei Complementar n. 87/96, e que a legislação estadual define com precisão quais são as alíquotas e a base de cálculo aplicáveis sobre a atividade desenvolvida pelo autor. Também requereu a suspensão do julgamento em virtude da pendência da ADI 2.669, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

Houve réplica (fls. 119-122).

O representante do Ministério Público em primeiro grau opinou pela improcedência do pedido (fls. 123-128).

Foi indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela (fls. 129-131).

Deferida a realização de prova pericial, as partes apresentaram seus quesitos às fls. 138 e 139-140.

Sobreveio aos autos o laudo pericial (fls. 149-151), em relação ao qual ambas as partes puderam se manifestar (fls. 154, 155-156 e 157).

Sentenciando o feito, a magistrada *a quo*, Dr^a. Alessandra Mayra da Silva de Oliveira, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 1.500,00 (mil quinhentos reais), mediante apreciação equitativa (fls. 86-87).

Opostos embargos de declaração (fls. 194-196), estes foram rejeitados às fls. 198-200.

Inconformado com o veredito, o autor interpôs recurso de apelação, aduzindo que: *a*) a sentença foi omissa quanto à real discussão travada nos autos, pois, a despeito das ADI's 1.600/DF e 2.669/DF, inexistente instrumento jurídico próprio que permita ao transportador de passageiros usufruir do princípio da não cumulatividade, diretriz prevista no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal, arts. 19 e 20 da Lei Complementar n. 87/96, além dos arts. 21 e 22 da Lei Estadual n. 10.297/96; *b*) a lei deixou de criar uma sistemática que permitisse a implantação do princípio da não cumulatividade na prestação de serviços de transportes de passageiros; e *c*) o ICMS acaba incidindo sobre o faturamento da empresa, distorcendo a natureza não cumulativa do tributo, uma vez que deveria incidir por operação ou prestação, a teor do art. 155, II, da Constituição Federal (fls. 203-214).

Com as contrarrazões (fls. 220-248), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça, sendo redistribuídos, por último, a este Relator.

Por fim, lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Ricardo Francisco da Silveira, deixando de abordar o mérito da causa com base no Ato n. 103/2004/PGJ (fls. 254-255).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta por Transportes Coletivos Zonta Ltda. contra a sentença que, nos autos da ação declaratória de inexistência da relação jurídico-tributária ajuizada em face do Estado de Santa Catarina, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, condenando o autor, ora apelante, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 1.500,00 (mil quinhentos reais), mediante apreciação equitativa.

Conheço do recurso, porquanto satisfeitos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

De salientar, inicialmente, que a discussão travada quanto à incidência do ICMS sobre a atividade de transporte terrestre de passageiros não é inédita nesta Corte de Justiça, havendo precedentes acerca da matéria na Terceira Câmara de Direito Público (Agravos de Instrumentos n. 2010.029658-5 e 2009.046983-0, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, julgados em 10/05/2011), *in verbis*:

TRIBUTÁRIO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - ICMS - TRANSPORTE TERRESTRE DE PASSAGEIROS - INCIDÊNCIA - ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA

1 O transporte terrestre de passageiros é atividade passível de incidência do ICMS.

2 Inviável a transcendência dos motivos determinantes da decisão proferida pelo Pretório Excelso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1600, em que se declarou a inconstitucionalidade da incidência do ICMS sobre o transporte aéreo de passageiros, uma vez que os fundamentos ali apontados não se identificam, na espécie, com o transporte terrestre de passageiros. (Agravado de Instrumento n. 2009.046983-0, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 10/05/2011). [grifou-se]

Mais recentemente, quando do julgamento da Apelação Cível n. 2011.001099-5, em 06/03/2012, de relatoria do eminente Des. Ricardo Roesler, a Segunda Câmara de Direito Público havia suspenso o julgamento para submetê-lo à apreciação do colendo Órgão Especial, na forma da Súmula Vinculante n. 10, acerca dos aspectos relacionados à constitucionalidade da exação, sobretudo porque a matéria de ordem constitucional estava sendo discutida na ADI 2.669/DF, ainda em trâmite, à época, perante o Supremo Tribunal Federal.

Colhe-se da ementa da referida decisão:

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA SOBRE O SERVIÇO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE PASSAGEIROS. DEDUÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N.º 87/96. INVOCÇÃO, ADEMAIS, DE PARADIGMA DO STF, EM QUE SE AFIRMOU A NÃO SUJEIÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO ÀQUELE TRIBUTO. OBSERVAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE N.º 10/STF. REMESSA DO FEITO AO ÓRGÃO ESPECIAL PARA APRECIAÇÃO DA TEMÁTICA CONSTITUCIONAL. (Apelação Cível n. 2011.001099-5, da Capital, rel. Des. Ricardo Roesler, j. em 06/03/2012).

Na ADI 1600/DF, o Supremo Tribunal Federal havia declarado a inconstitucionalidade da incidência do ICMS sobre o transporte aéreo de passageiros, nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI COMPLEMENTAR 87/96. ICMS E SUA INSTITUIÇÃO. ARTS. 150, II; 155, § 2º, VII 'A', E INCISO VIII, CF. CONCEITOS DE PASSAGEIRO E DE DESTINATÁRIO DO SERVIÇO. FATO GERADOR. OCORRÊNCIA. ALÍQUOTAS PARA OPERAÇÕES INTERESTADUAIS E PARA AS OPERAÇÕES INTERNAS. INAPLICABILIDADE DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PARTIÇÃO DA RECEITA DO ICMS ENTRE OS ESTADOS. OMISSÃO QUANTO A ELEMENTOS NECESSÁRIOS À INSTITUIÇÃO DO ICMS SOBRE NAVEGAÇÃO AÉREA. OPERAÇÕES DE TRÁFEGO AÉREO INTERNACIONAL. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGAS. TRIBUTAÇÃO DAS EMPRESAS NACIONAIS.

QUANTO ÀS EMPRESAS ESTRANGEIRAS, VALEM OS ACORDOS INTERNACIONAIS - RECIPROCIDADE. VIAGENS NACIONAL OU INTERNACIONAL - DIFERENÇA DE TRATAMENTO. AUSÊNCIA DE NORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE COMPETÊNCIA ENTRE AS UNIDADES FEDERADAS. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO ART. 151, CF É O DAS RELAÇÕES DAS ENTIDADES FEDERADAS ENTRE SI. NÃO TEM POR OBJETO A UNIÃO QUANDO ESTA SE APRESENTA NA ORDEM EXTERNA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO, DE PASSAGEIROS - INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL E INTERNACIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO ICMS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGAS PELAS EMPRESAS AÉREAS NACIONAIS, ENQUANTO PERSISTIREM OS CONVÊNIOS DE ISENÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS. AÇÃO JULGADA, PARCIALMENTE PROCEDENTE. (ADI 1600, rel. Min. Sydney Sanches, rel. p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, j. em 26/11/2001, DJ 20/06/2003)

Sem perder de vista a aproximação do caso *sub judice* com o precedente inaugurado pela Suprema Corte na ADI 1.600/DF, o fato é que, após o voto do relator (Min. Nelson Jobim), que votava pela inconstitucionalidade da instituição do ICMS sobre a prestação de serviço de transporte terrestre de passageiros, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 05/02/2014, por maioria de votos, concluiu o julgamento pela improcedência do pedido formulado na ADI 2.669/DF:

ICMS – TRANSPORTE TERRESTRE – LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 – CONSTITUCIONALIDADE.

Mostra-se harmônica com a Constituição Federal a incidência do ICMS sobre a prestação de serviço de transporte terrestre. (ADI 2.669/DF, rel. Min. Nelson Jobim, rel. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2014, DJe 06/08/2014). [grifou-se]

Extrai-se do voto vista proferido pelo Min. Joaquim Barbosa, esclarecedor quanto ao posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2.669/DF:

Discute-se nesta ação direta de inconstitucionalidade a incidência do ICMS sobre operações de transporte terrestre intermunicipal e interestadual de passageiros e de cargas.

Segundo os votos dos Ministros Nelson Jobim (relator) e Gilmar Mendes, a inconstitucionalidade da legislação atacada está baseada nos seguinte cinco fundamentos:

- a) Impossibilidade de se dar concreção à regra que proíbe a acumulação do valor cobrado, na medida em que o bilhete de passagem é emitido em nome da pessoa natural que será transportada, e não de eventual pessoa jurídica adquirente do serviço;**
- b) Inexistência de definição sobre o destinatário do serviço, elemento essencial para que se estabeleça a aplicação da alíquota interestadual ou da alíquota interna à sistemática de tributação (art. 155, § 2º, VII, a e b da Constituição);**
- c) Fixação invariável da alíquota interna, como parte do critério quantitativo da regra-matriz de incidência, e da competência tributária do Estado do embarque, dado que a lei estabelece que o fato gerador ocorre com o “início da prestação do serviço de transporte” (art. 12, V, da LC 87/1996). Tal circunstância levaria à ineficácia do “princípio do equilíbrio federativo por meio da regra constitucional que fixa a participação da receita do ICMS entre os Estados”;**
- d) Impropriedade da definição do estabelecimento responsável, uma vez que o bilhete (ou outras formas de registro fiscal) não conter informações acerca do estabelecimento destinatário do serviço ou da circunstância de a prestação, iniciada em outro estado, estar vinculada à prestação subsequente;**
- e) Para as prestações iniciadas no exterior submetidas a acordos comerciais, nos quais duas ou mais companhias operam partes diversas do itinerário, haveria dúvida sobre qual seria a base de cálculo (preço do serviço), já que as empresas aéreas estrangeiras gozam de isenção tributária.**

Peço vênha para dissentir.

A apontada violação da regra da vedação à cumulatividade se reduz à pretensa falta de obrigações acessórias que permitissem o exercício do direito ao crédito do imposto. Essa insuficiência pode ser creditada à omissão ou à falha do legislador ordinário, mas não é um defeito estrutural e intransponível que impeça pura e simplesmente a cobrança do tributo.

Por outro lado, a criação de obrigações acessórias pode ser feita por lei ordinária, pois não há reserva de lei complementar para tanto, de modo que não é possível exigir da Lei Complementar 87/1996 a especificação de todos os detalhes dos documentos que viabilizaram o exercício do direito, como a identificação do adquirente da passagem, sua condição de contribuinte, o itinerário etc.

Em suma, a escolha da LC 87/1996 como objeto desta ação direta de inconstitucionalidade oculta o vício efetivamente debatido, que é a alegada omissão do legislador, circunstância que torna esta específica tentativa de controle de constitucionalidade inadequada para resolver o problema.

De modo semelhante, o suposto vício dos conceitos de destinatário final e de início da prestação do serviço, para fins de definição da alíquota ou do sujeito ativo, poderia ser creditado à ausência de obrigações acessórias destinadas a constituir os elementos essenciais das operações: quem é o tomador do serviço na relação individual e concreta, a circunstância de o adquirente da passagem ser ou não ser contribuinte do imposto, o itinerário com suas escalas etc. Como não compete à lei complementar descer a pormenores dos deveres instrumentais, não há vício a ser atribuído à LC 87/1996.

Relembro que a função do art. 155, § 2º, VII, a e b da Constituição é repartir a competência tributária, de modo que os estados nos quais houver relevante concentração industrial ou comercial não tenham demasiada vantagem sobre os estados de pouca densidade econômica. Se não houvesse o fracionamento da competência tributária, o interesse econômico levaria os consumidores a adquirir bens diretamente nos estados mais desenvolvidos, em detrimento de estados menos industrializados.

Nesse contexto, a noção sobre o que seja o destinatário de bens e serviços se amolda perfeitamente à tributação de operações insertas em cadeias produtivas tradicionais, marcadas pela inequívoca circulação de mercadorias. A circunstância de o adquirente da mercadoria localizar-se em estado diverso daquele em que presente o vendedor faz parte da própria definição de operação interestadual.

No transporte de passageiros, contudo, as operações são estruturadas de forma diversa. Não há um “estabelecimento destinatário do passageiro”, pois o único recipiente dos serviços de transporte é o respectivo tomador. O destinatário do serviço é o adquirente da passagem, que pode estar localizado

no mesmo estado em que houver o embarque do passageiro ou no qual localizada a pessoa contratante dos serviços, embora a operação de transporte persista na modalidade interestadual.

Não obstante a redação do texto constitucional ter aparentemente tomado por parâmetro as operações de circulação de mercadorias e a prestação de serviços de transporte de cargas, é inequívoco o propósito da Constituição de tributar as operações de transporte terrestre de passageiros, seja por interpretação direta do art. 155, II da Constituição, seja pelo exame da incorporação do antigo imposto federal sobre transportes ao ICM-S (confira-se a explanação do Min. Francisco Rezek na ADI 1.089).

Ademais, como bem observou o Ministro Marco Aurélio, não há registro de que a suposta indefinição do sujeito ativo esteja a causar exacerbados conflitos federativos. Curiosamente, a alegação está lastreada na defesa do pacto federativo e da partilha da competência tributária, mas seu acolhimento tem o efeito oposto: proibir a cobrança do tributo.

Quanto à inconsistência relacionada aos arts. 11, II e 12, XIII da LC 87/1996, observo que os textos impugnados se referem às hipóteses em que a prestação de serviços é acompanhada da circulação de mercadorias.

As objeções postas pelo ministro Nelson Jobim também revolvem questões ligadas às obrigações acessórias, tais como “como se saber, com o bilhete de passagem, qual ‘o estabelecimento destinatário do serviço” e “como se saber, com o bilhete, que a prestação iniciada em outro Estado não está’ ... vinculada a ... prestação subsequente ‘?’. Somente haveria a incongruência apontada se competisse à lei complementar em matéria de ICMS definir obrigações acessórias.

Por fim, entendo que o apelo à violação da regra da isonomia é insuficiente para estender o resultado da ADI 1.600 às operações de transporte terrestre de passageiros. Não há indicação precisa da similitude entre os quadros a que se submetem a aviação brasileira e as empresas de transporte terrestre. Os custos, riscos, intensidade de prestação, abrangência, rotatividade, capilaridade, grau de submissão à regulação estatal pertinentes ao transporte aéreo não são, presumivelmente, os mesmos relativos às pessoas que exploram economicamente a malha viária.

Para a declaração de inconstitucionalidade pretendida, seria necessário de-

monstrar que a desoneração das empresas aéreas comprometeria a concorrência e a livre-iniciativa mantida com as empresas de transporte terrestre, circunstância que, entendo, ainda não foi devidamente comprovada.

Por todas essas razões, renovando o pedido de vênia aos que dissentem, julgo improcedente esta ação direta de inconstitucionalidade. [grifou-se]

Com efeito, o ICMS é um tributo indireto, uma vez que o contribuinte de direito recolhe o tributo e transfere o ônus financeiro para o contribuinte de fato, norteados pelo mecanismo da não cumulatividade, conforme definição conceitual de Eduardo Sabbag:

b) **Princípio constitucional impositivo (não cumulatividade):** esse princípio vem regulado no art. 19 da Lei Complementar n. 87/96. O ICMS será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal e o de comunicação com o montante cobrado nas operações anteriores pelo mesmo ou por outro Estado. Podemos, ainda, entender a regra constitucional da não cumulatividade como o postulado em que o imposto só recai sobre o valor acrescentado em cada fase da circulação do produto, evitando assim a ocorrência do chamado efeito “cascata”, decorrente da incidência do *imposto sobre imposto, ou sobreposição de incidências*.

[...]

Do ponto de vista econômico, pode-se afirmar que o Princípio se refere à incidência do valor agregado em cada operação. Do ponto de vista jurídico, por seu turno, o ICMS atua pelo mecanismo da “compensação”. Não se trata, todavia, de “compensação tributária”, pois os créditos não são líquidos e certos; cuida-se de compensação financeira, em que apenas descritivamente se compensam créditos e débitos. É a compensação pelo sistema *Tax on Tax*, em que se abate do débito gerado na saída o crédito correspondente ao imposto cobrado na entrada. Difere, pois, sistema *Tax on Base*, em que se compensam as incidências anteriores pela comparação entre as respectivas base de cálculo. (*Manual de direito tributário*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.105-1.106).

Importa distinguir, no particular, a figura do contribuinte “de direito” do contribuinte “de fato”: contribuinte “de fato” é aquele que

suporta os encargos financeiros do tributo, mas não o recolhe, tarefa esta que incumbe ao contribuinte “de direito”.

Com relação ao uso do serviço de transporte terrestre interestadual e intermunicipal pelo contribuinte “de fato” (o passageiro), não incide a sistemática de apuração do imposto não cumulativo, pois não será gerado novo débito, mostrando-se, dessa forma, inviável qualquer creditamento. É dizer, o consumidor do serviço prestado não é contribuinte do imposto, não havendo falar em violação à não cumulatividade.

No julgamento do Agravo de Instrumento n. 2009.046983-0, já referenciado neste voto, é como decidiu a Terceira Câmara de Direito Público a respeito da questão:

1.1 No caso específico do transporte terrestre de passageiros, não há como se cogitar acerca da alegada ofensa ao princípio da não cumulatividade.

Isso porque as operações de transporte terrestre de passageiros é realizada diretamente ao consumidor final (passageiro), que na qualidade de contribuinte de fato, e não de direito, está fora da sistemática da não cumulatividade prevista no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal.
[grifou-se]

Ainda nesse sentido, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, antes mesmo de que fosse concluído o julgamento da ADI 2.669/DF:

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS.

Possível a incidência do ICMS sobre o transporte rodoviário de passageiros, sendo o contribuinte o prestador do serviço de transporte, conforme dispõe a LC 87/96 (art. 4º) e Lei Estadual 8820/89 (art. 6º), e a alíquota aquela estabelecida e cobrada pelo Estado do Rio Grande do Sul pelos serviços iniciados no seu território (art. 11, II, a, da LC 87/96). **Inexiste, de igual forma, violação à sistemática da não cumulatividade, tendo em vista que o serviço é prestado para o usuário (“contribuinte de fato”), que não possui o direito à escrituração de crédito fiscal.** Não se pode cogitar de aplicação do precedente da ADI 1600/DF, que versa exclusivamente sobre o transporte aéreo, à hipótese de transporte rodoviário de passageiros. Razões de motivação da

inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal que não se identificam com o caso em tela. Sentença que muito bem apreciou a questão posta em debate, merecendo manutenção por seus próprios fundamentos.

NEGADO PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível n. 70027918986, Primeira Câmara Cível, rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal, j. em 19/05/2010) [grifou-se]

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS. CONSTITUCIONALIDADE.

É atribuída aos Estados e ao Distrito Federal competência para instituir impostos sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, nos termos do artigo 155, II, da Constituição Federal, cuja disciplina coube à Lei Complementar nº 87/96 e, no Rio Grande do Sul, à Lei Estadual nº 8.820/89. Não se configuram os vícios de inconstitucionalidade apontados, tendo a legislação definido o sujeito passivo e o ente tributante em cada situação. **Inocorrência de violação ao princípio da não cumulatividade.** Não existindo plena similitude entre as situações, é inaplicável a decisão proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.600 do STF, que se ocupou da incidência de ICMS sobre serviços de transporte aéreo. Precedentes desta Corte.

APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível n. 70055364996, Segunda Câmara Cível, rel. Des. Almir Porto da Rocha Filho, j. em 09/10/2013). [grifou-se]

DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA PARA VER RECONHECIDA A NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO COLETIVO, INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL, DE PASSAGEIROS: IMPROCEDÊNCIA.

É constitucional a previsão de incidência do ICMS sobre a prestação de serviços de transporte rodoviário coletivo, intermunicipal e interestadual, de passageiros, prevista nos arts. 4º, 11, II, alíneas “a” e “c”, e 12, V e XIII, ambos da Lei Complementar nº 87/96, que, nos termos do art. 146, III, “a”, da CF em vigor, define o fato gerador, a base de cálculo e o contribuinte daquele imposto. Apelo desprovido, por unanimidade. (Apelação Cível n. 70010874444, Segunda Câmara Cível, rel. Des. Roque Joaquim Volkweiss, j. em 27/04/2005)

No tocante ao sujeito passivo do imposto, o art. 4º, *caput*, da Lei Complementar n. 87/96 é bastante claro ao apontar que o contribuinte

do ICMS é o prestador do serviço, desimportando, para a solução da lide, a não identificação do tomador do serviço, uma vez que será aplicada, de acordo com o art. 11, II, “a”, a alíquota interna, pertencendo ao Estado-membro onde iniciou a prestação:

Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

[...]

II - tratando-se de prestação de serviço de transporte:

a) onde tenha início a prestação;

Acerca da identificação do sujeito passivo, aliás, Roque Antônio Carrazza sintetiza que, “*Sendo o imposto em exame sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal*”, ele “*(...) só pode ser o prestador (pessoa física ou jurídica) do serviço, nunca o fruidor, o contratador, o destinatário, o intermediário, etc.*” (ICMS. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 197).

Em resumo, na esteira dos precedentes citados, e do entendimento recentemente adotado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 2.669/DF, é constitucional a incidência do ICMS sobre o transporte terrestre de passageiros, com base nos arts. 4º, 11, II, “a” e “c”, e 12, V e XII, ambos da Lei Complementar n. 87/96, que definem o fato gerador do imposto, sua base de cálculo e a identificação do sujeito passivo, não havendo falar em violação ao mecanismo da não cumulatividade.

Em razão do exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo-se por seus próprios fundamentos a bem-lançada decisão de primeiro grau.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIRETO PÚBLICO

Apelação Cível n. 2014.039657-1, de Urussanga

Relator: Des. João Henrique Blasi

APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO. AÇÃO RESSARCITÓRIA. PEDRA ARREMESSADA POR MÁQUINA ROÇADEIRA OPERADA POR SERVIDOR MUNICIPAL. LESÃO CORPORAL CONSTATADA. RESPONSABILIDADE CIVIL PATENTEADA (ART. 37, § 6º, CF). DANO MORAL CARACTERIZADO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MAJORADO. DANOS MATERIAIS NÃO TIPIFICADOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS COM RAZOABILIDADE. MANUTENÇÃO. APELO DESPROVIDO E RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Patenteado que o acidente ocorreu por culpa de servidor da Municipalidade-ré, pelo fato de a máquina roçadeira por ele operada em logradouro público ter lançado pedra contra o transeunte-autor, causando-lhe as lesões noticiadas, resta configurado o dever de indenizar, na senda do art. 37, § 6º, da Constituição da República.

II. Sopesando-se variáveis tais como culpa do acionado, nível socioeconômico das partes, consequências do ato ilícito e visando a que casos assim sejam cada vez menos ocorrentes, o *quantum* indenizatório deve louvar-se no binômio razoabilidade e proporcionalidade, estipulando-se valor que, a um só tempo, não sirva de lucro à vítima, nem tampouco desfalque o patrimônio do lesante, mostrando-se apto a compor, na justa medida, o gravame sofrido, com o sentido compensatório e punitivo que dele se exige, pelo que, *in casu*, o valor arbitrado deve ser mantido.

III. Está consolidada nesta Corte a inteligência de que, vencida a Fazenda Pública e inexistindo situação de excepcionalidade, os honorários advocatícios de sucumbência devem ser arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.039657-1, da comarca de Urussanga (2ª Vara), em que é apelante e

recorrido adesivo Município de Morro da Fumaça e apelado e recorrente adesivo Valeriano Serafim de Oliveira:

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento à apelação e dar parcial provimento ao recurso adesivo majorando a indenização por danos morais para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Cid Goulart e Francisco Oliveira Neto.

Florianópolis, 2 de setembro de 2014

João Henrique Blasi
RELATOR E PRESIDENTE

RELATÓRIO

Município de Morro da Fumaça, via Advogado Sandro Roberto Faraco, deduziu apelação à vista de sentença proferida pelo Juiz Pablo Vinícius Araldi (fls. 81 a 87), que assim decidiu ação de ressarcimento civil contra ele aforada por Valeriano Serafim de Oliveira, pelo Advogado Volnei Juvêncio:

[...] Julgo parcialmente procedentes os pedidos consubstanciados na inicial para condenar o réu ao pagamento ao autor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de indenização por danos morais, com juros de mora e correção monetária a partir da data do arbitramento. Em consequência julgo extinto o presente feito na forma do art. 269, I do Código de Processo Civil. Condeno o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios os quais fixo em 10% calculados sobre o valor da condenação a teor do disposto no art. 20 § 3º e § 4º do Código de Processo Civil. (fls. 86 e 87)

Malcontente, o Município réu apelante sustenta, em resumo, não ser responsável pelo acidente que lesionou o autor apelado e que, por isso, não pode ser condenado (fls. 90 a 93).

O autor, por sua vez, recorreu adesivamente, requerendo a condenação do Município ao pagamento de indenização por danos materiais, além da majoração dos danos morais e dos honorários advocatícios (fls. 102 a 107).

Foram ofertadas contrarrazões apenas pelo autor (fls. 97 a 101).

É o relatório.

VOTO

I. Da responsabilidade civil

De pronto, insta anotar que o Município, a teor da chamada teoria objetiva, assume a responsabilidade pelos danos causados a terceiros por seus agentes, conforme o regrado pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

Art. 37. [...]

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Sobre o dispositivo em apreço faz-se pertinente invocar a lição de Hely Lopes Meirelles:

O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. (*in* Direito Administrativo Brasileiro, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 622).

E José dos Santos Carvalho Filho adita:

Para configurar esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos: o primeiro deles é a ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva atribuída ao Poder Público. [...]

O segundo pressuposto é o dano. Já vimos que não há falar em responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado um dano. Não importa a natureza do dano: tanto é indenizável o dano patrimonial como o dano moral. Logicamente, se o dito lesado não prova que a conduta estatal lhe causou prejuízo, nenhuma reparação terá a postular.

O último pressuposto é o nexa causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou a culpa. (*in* Manual de Direito Administrativo, 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 458)

No caso emoldurado presentes estão os pressupostos da responsabilidade civil do Município: fato (pedra arremessada por máquina roçadeira operada por funcionário seu); dano (fratura do antebraço do réu); e nexa de causalidade entre fato e dano.

Com efeito, da análise dos autos resta incontroverso, pelos depoimentos testemunhais (fls. 74 a 76), que o dano foi causado por uma pedra, arremessada por uma máquina roçadeira do Município, enquanto seu funcionário executava serviços em logradouro público.

Da sentença invectivada, a propósito, extrai-se:

No caso em tela, em relação à conduta do agente, tem-se que a mesma foi omissiva, uma vez que não se preocupou em adequar os equipamentos a fim de garantir a segurança tanto do condutor da máquina, como de pessoas que pudessem transitar próximo ao local.

Ora, a fiscalização, conservação e implementação dos equipamentos e máquinas utilizadas para o referido serviço é dever específico do ente público e a falta dos equipamentos de proteção necessários traduz-se como descumprimento de seu dever legal individualizado de agir, passando a ser a conduta direta a propiciar a realização do evento danoso. Diante disto, não há dúvida que, no caso, o município de Morro da Fumaça, também violou o dever específico, o que basta para configurar a sua responsabilidade civil.

Dessa forma, ficou caracterizada a existência de conduta do réu, a qual contribuiu para desencadear o evento danoso, estando presente, portanto, o primei-

ro elemento da responsabilidade civil objetiva da administração pública nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Nesse aspecto, são desnecessárias maiores considerações, eis que ficou fartamente comprovado nos autos, através da documentação acostada, que o evento danoso realmente ocorreu, tendo em vista o dano sofrido pelo autor. Assim sendo, encontra-se nos autos a existência do segundo elemento da responsabilidade civil objetiva do réu.

Com relação ao nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado obtido, este consubstancia-se na relação causa efeito, da qual resultou a ocorrência do dano. Não há nenhum elemento que indique que o autor tenha contribuído culposamente para o acidente, portanto, está assim comprovado o nexo de causalidade entre a omissão da Municipalidade e o evento danoso.

Pois bem, extraio do depoimento de Pedro Coelho Pereira prestado em audiência:

“[...] Que o depoente ouviu os gritos do autor e foi até o local. [...] Que havia uma máquina próximo ao local e o autor estava com o braço machucado. [...] Que, antes dos fatos, a máquina estava operando.

[...] Que a máquina estava operando ao lado da residência do autor. [...] Que ouviu comentários no local que a pedra teria sido arremessada pela máquina”.

A testemunha Sirlene Maria Delavenova de Jesus, declara: *“[...] Que no dia dos fatos a depoente estava saindo no portão quando escutou o autor pedindo socorro; Que a depoente viu a máquina trabalhando. [...] Que a depoente viu a pedra que acertou o autor; Que na pedra havia manchas de sangue”.*

E, Daniel Gomes de Souza, afirmou: *“[...] Que o depoente conhece roçadeira; Que pelo que o depoente viu, a roçadeira não tinha proteção; Que o normal é as roçadeiras terem uma proteção próximo ao chão para que nenhum objeto seja lançado contra a pessoa que a manuseia.”*

Assim decidiu o e. Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Configurado o nexo causal necessário à imputação da responsabilidade civil objetiva do Município e não produzida nenhuma prova que pudesse dar ensejo ao reconhecimento da culpa exclusiva ou concorrente da vítima, caso fortuito ou motivo de força maior, tornam-se despicendas maiores discussões sobre o ocorrido, devendo, por conseguinte, ser imperativa a condena-

ção do Município em reparar a autora dos prejuízos sofridos em sua totalidade.” (Apelação Cível n. 2003.013379-8, de Joaçaba. Relator: Des. Luiz César Medeiros.)

Do exposto, verifica-se que comprovados satisfatoriamente a conjugação dos elementos da responsabilidade objetiva da administração pública no caso em tela, bem como ante a ausência de causas excludentes da obrigação de indenizar, culpa de terceiro, caso fortuito ou força maior, subsiste o dever de indenizar. (fls. 84 e 85)

Ao que se vê, a questão fática, com reflexo na responsabilidade do Município, restou bem equacionada. E, comprovada a grave lesão no autor, o dano moral faz-se presumível, devendo, por isso, ser indenizado.

A propósito, consta de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO. CORTE DE GRAMA COM MÁQUINA. ARREMESSO DE PEDRA CONTRA A CABEÇA DA AUTORA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. DANO MORAL CONFIGURADO.

A responsabilidade na presente hipótese é objetiva, independentemente de prova de culpa, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, sendo suficiente para o reconhecimento do dever de indenizar a ocorrência de um dano, a autoria e o nexo causal. A prova dos autos é suficiente para comprovar o nexo causal, bem como os danos que resultaram à demandante em razão da pedra arremessada por uma máquina de cortar grama do Município réu, quando do corte de grama das calçadas. Não logrou êxito o réu em comprovar a presença de alguma das excludentes do dever de indenizar. Não merece guarida o pedido de ressarcimento de danos materiais, posto não comprovada a relação com o evento danoso. Não se faz necessária a comprovação quanto aos danos morais sofridos, pois é inegável a repercussão da ofensa, diante de uma situação como a ora analisada.

APELAÇÃO DESPROVIDA. RECURSO ADESIVO DESPROVIDO. (AC n. 70045390887, de Soledade, rel. Des. Túlio de Oliveira Martins, j. 16.2.2012)

É, pois, inolvidável a responsabilização do Município, pelo que se impõe o desprovimento do apelo por ele maneado.

II. Da quantificação dos danos morais

Deve o julgador, na fixação do *quantum* indenizatório, louvar-se em critérios de razoabilidade/proporcionalidade, adotando valor que, a um só tempo, não sirva de lucro à vítima, nem tampouco desfalque o patrimônio do lesante.

Sobre o assunto, leciona Sérgio Cavalieri Filho:

Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (*in* Programa de Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116)

Assim, sopesando a culpa do réu, o nível socioeconômico das partes e as consequências do ato, considero que o *quantum* estabelecido merece majoração, dado que a importância sentencialmente arbitrada (R\$ 15.000,00) não se mostra, a meu ver, apta a compor o gravame sofrido.

Registro, a propósito, para fim comparativo, que em caso de indevida negativação de cliente por empresa prestadora de serviço de telefonia, esta Câmara tem fixado indenização da ordem de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sendo certo que a ofensa produzida no caso dos autos, a desfavor do réu, é bem mais intensa, afinal geradora de padecimento físico.

Em razão do expendido, impõe-se dar parcial provimento ao recurso adesivo de modo a majorar a indenização para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), importe que se me afigura adequado à vista do caráter reparatório, pedagógico e punitivo de que deve revestir-se, mantidas as cominações da sentença quanto a juros de mora e correção monetária, até porque, quanto a elas, não houve insurgimento.

III. Dos danos materiais

O autor pleiteia, ainda, o pagamento de danos materiais, à vista do tempo em que ficou sem trabalhar como agricultor (fl. 106).

Não há falar, todavia, em indenização por danos materiais, pois, conforme bem averbado pelo Magistrado singular, “consta nos autos comprovação de que o requerente, incapacitado temporariamente para as atividades laborativas, encontra-se em benefício de auxílio-doença” (fl. 85), inexistindo, por isso, razão a confortar tal pretensão.

Em suma, não há como vicejar o provimento do recurso do autor no tocante a esse aspecto.

IV. Dos honorários advocatícios

Alfim, averbe-se que está pacificada nesta Corte de Justiça a orientação de que, vencida a Fazenda Pública, e não havendo situação de caráter excepcional, a fixação dos honorários advocatícios de sucumbência deve situar-se no patamar de 10% (dez por cento) do valor da condenação, tal como sentenciado.

Logo, imerece reforma a sentença também neste ponto.

É como voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravo de Instrumento n. 2013.060917-6, de Gaspar

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Agravo de instrumento. Ação indenizatória. Danos decorrentes de explosão do gasoduto Bolívia-Brasil, que teria dado causa a deslizamentos de terra em meio às enxurradas ocorridas no Estado, no mês de outubro de 2008. Autores que perderam moradia e trabalho rural. Antecipação de tutela indeferida na primeira instância, uma vez afastada a aplicação da Teoria do Risco Integral e sob o fundamento de que não demonstrada a verossimilhança das alegações. Desacerto. Dano psicológico impellido aos autores. Perigo na demora presente. Laudos que atestam a explosão como fator preponderante ao evento danoso, aliado ao quadro das fortes chuvas que castigaram o Estado Barriga-Verde no ano de 2008. Verossimilhança das alegações. Risco de irreversibilidade da medida mais grave ao autor. Responsabilização objetiva. Teoria do Risco Integral aplicável. Presunção da causalidade ou concausalidade. Pedido de fixação de verba alimentar em decorrência do ilícito negado, por ora, ante a confirmação, pelos agravantes, de que o trabalho perdido tinha caráter suplementar à aposentadoria percebida junto ao INSS. Antecipação de tutela recursal confirmada. Recurso parcialmente provido.

A exigência legal da reversibilidade da medida de urgência deve ser tomada *cum grano salis*, comportando mitigações quando estiver em jogo um valor igualmente caro ao ordenamento. Por isso, a regra do § 2.º do art. 273 do CPC não impede o deferimento da antecipação de tutela quando a falta do imediato atendimento causará ao lesado dano também irreparável, ainda que exista o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado (STJ, Min. Barros Monteiro).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2013.060917-6, da comarca de Gaspar (2ª Vara), em que é agravante Valdemiro Rünkus e outro, e agravado Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia - Brasil S/A - TBG:

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso, confirmando a liminar concedida em sede de antecipação de tutela recursal. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 15 de julho de 2014, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Cesar Abreu, com voto, e dele participou o Desembargador Stanley da Silva Braga.

Florianópolis, 22 de julho de 2014.

Pedro Manoel Abreu
RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto por Valdemiro Rünkus e outra contra decisão interlocutória proferida em sede de ação Reparação de Danos movida em desfavor da Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia - Brasil S/A - Tbg.

A decisão interlocutória negou a antecipação da tutela pleiteada no sentido de obrigar a ré a efetuar o pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a fim possibilitar a locação de imóvel equivalente ao anteriormente ocupado, haja vista a perda dos seus bens em decorrência do deslizamento de terras ocasionado em virtude de suposta explosão ocorrida no gasoduto de responsabilidade da primeira, além de um valor de R\$ 4.000,00 mensais, em face da perda da propriedade rural, fonte de sua subsistência, a título de alimentos decorrentes de ato ilícito e a inversão do ônus da prova.

Em sua insurgência, disse o agravante, resumidamente, que: a) são incontroversos o dano, o escorregamento das encostas e o fenômeno da explosão/vazamento do gasoduto e, portanto, nos termos do art. 334, III, do CPC, prescindem de prova; b) é imperiosa a reforma do *decisum*, por vulneração dos arts. 333 e 334, IV, do CPC, “independente da exis-

tência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação, porque foi invertido o ônus da prova”; c) viável ainda a aplicação da teoria do risco integral, pois sendo a culpa imposta ao danificador de forma absoluta, o nexo causal igualmente se presume; d) os pressupostos para o deferimento da medida estavam presentes; f) tem urgência e necessidade de perceber alimentos, pois sofre com a perda de sua propriedade rural e fonte de sustento, além de tudo que nela se encontrava.

Ao final, requereu a antecipação da tutela recursal indeferida na primeira instância.

A antecipação de tutela recursal foi deferida parcialmente, concedendo-se aos agravantes o pagamento de 2 salários mínimos mensais, equivalente ao aluguel de uma residência com características semelhantes a sua, relegando a apreciação do pedido de alimentos mensais decorrentes de ato ilícito para o exame de cognição exauriente (fls. 581-585).

Os agravados apresentaram suas contrarrazões às fls. 590-621, pugnando pela manutenção da decisão agravada.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Guido Feuser, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

Este é o relatório.

VOTO

Cuida-se de examinar o acerto ou desacerto da decisão interlocutória proferida nos autos da ação condenatória movida por Valdemiro Rünkus e outra contra Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia – BRASIL S/A – TBG, que negou a antecipação da tutela pleiteada no sentido de obrigar a ré a efetuar o pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a fim possibilitar a locação de imóvel equivalente ao anteriormente ocupado, haja vista a perda dos seus bens em decorrência do deslizamento de terras ocasionado em virtude de suposta explosão ocorrida

no gasoduto de responsabilidade da primeira e o pagamento, a título de alimentos decorrentes de ato ilícito, de uma pensão mensal no importe de R\$ 4.000,00, pois em tese perderam sua fonte de sustento. Além disso, intentam obter a inversão do ônus da prova.

Ab initio, frisa-se que a inversão do ônus da prova foi decretada à fl. 209 em primeira instância, o que equivale dizer que o magistrado reviu sua decisão, acarretando a perda superveniente de objeto, apenas nesse particular, do presente agravo.

O julgador de primeira instância, para o indeferimento do pedido de urgência, afastou a aplicação da teoria do risco integral do caso em apreço, pautando-se no argumento de que inexistia a necessária certeza acerca da veracidade da tese apresentada pelo autor.

Em primeiro lugar, não se olvida que os ora agravantes foram surpreendidos por terrível acontecimento culminou em perda patrimonial de relevo (moradia e trabalho rural). Nessa hipótese, tamanho o impacto psicológico, que soa plausível cogitar que não estivessem ainda situado no “tempo” e na realidade que os cercavam logo nos primeiros anos do evento. Demais disso, o pedido urgente não busca a obtenção retroativa de pensão alimentar decorrente do ilícito. Busca, sim, essa compensação, do ajuizamento da demanda em diante.

O perigo na demora, na hipótese, deve ser visto a partir do presente. Tomada a acepção no campo pragmático, não se pode simplesmente presumir o desaparecimento desse risco por conta do tempo transcorrido até o ajuizamento da demanda, não se podendo questionar de desídia ou desleixo. A urgência decorre desse despertar, de uma inércia traumatizante provocada por grave dano psicológico que os levaram a não agir, também presumivelmente pela falta de conhecimento jurídico, bem como da necessidade manifesta de cuidar de si mesmos, voltando-se contra os possíveis causadores do dano, deles exigindo um recomeço material. É

dizer: o exame acerca da configuração ou não do perigo na demora, no caso presente, deve ser visto a partir do ajuizamento da demanda, que constitui, numa palavra, o momento no qual o autor veio a juízo anunciar as necessidades ventiladas na *actio*.

Dito isto, passa-se ao exame das demais questões apontadas no recurso, isto é, se havia ou não a presença dos pressupostos delineados no art. 273, do CPC. O dispositivo legal em tela, largamente difundido no meio jurídico, funda-se na existência de “prova inequívoca” que leve o magistrado a se convencer da “verossimilhança” das alegações. Prova inequívoca não é prova absoluta, sob pena de estar-se obrigando o autor a demonstrar de plano seu direito, hipótese nem sempre viável, como a que aqui se apresenta. A prova inequívoca é, portanto, tão só a prova robusta, hábil a convencer o julgador de que o autor é merecedor da providência requerida.

Verossimilhança, por outro lado, é a aparência de verdade, aquilo que é razoável admitir, resultando em uma expressão qualificada do *fumus boni juris*. A propósito, da jurisprudência do Tribunal Catarinense:

A tutela antecipada só pode ser deferida quando as provas apresentadas, em consonância com os fatos expostos, transmitem ao juiz, por meio de uma cognição sumária, a quase certeza do direito invocado pelo autor (AI n. 1999.008732-8, Des. Newton Janke).

Na espécie, os autores ingressaram com a presente demanda dizendo que, em consequência do vazamento e explosão do duto de gás da TBG, ocorrido no dia 23.11.08, sofreram danos de ordem patrimonial e extrapatrimonial que merecem reparo pela demandada (inicial, acostada às fls. 40 e seguintes).

Disseram que o evento foi encoberto pela propagação de uma ideia – plantada ou não pela mídia – de fato natural (saturação do solo por água pluvial), mas o caso é que a verdadeira causa da hecatombe do dia 23.11.2008 não sai da memória dos flagelados e de todos os moradores

circunvizinhos que sobreviveram e assistiram estupefatos ao holocausto provocado com o desmoronamento, simultâneo e imediato das encostas dos Morro do Aço e Morro do Baú, sobre si, seus bens e demais pessoas que estavam à jusante de referidas encostas. Afirmou que, na referida microrregião, houve o maior volume de deslocamento de material geológico que se tem notícia na história do Brasil.

Altercaram que chovia intensamente há vários dias no Estado de Santa Catarina, notadamente na região do Médio Vale do Itajaí e que, dias antes do ocorrido, houve isolados e esparsos escorregamentos de pequenas massas geológicas, qualificados pela ciência geológica como corridas de lamas, isto é, escorregamentos superficiais de material geológico, tais como taludes mal construídos etc.

Contudo, asseveraram, nenhum destes eventos foi comparado ao que se deu após a explosão do gasoduto da TBG no dia 23.11.08, na ventilada microrregião, submetida ao epicentro da explosão.

Na fatídica data, sublinharam, por volta das 21:00h, no cimo do Morro do Aço, houve grandiosa explosão seguida de imensas chamas, outras explosões provocadas por “bolas de fogo” e intensas e permanentes vibrações provocadas pelo perpassar do gás altamente pressurizado pela ruptura do conduto da TBG, fenômenos estes que duraram, aproximadamente, até às 2:00h do dia seguinte, quando um bombeiro fechou a válvula do gasotudo rompido. Estas explosões e vibrações teriam se propagado sob as encostas do Morro do Aço e Morro do Baú, acarretando o desmoronamento das mesmas sobre a população e suas casas, aniquilando tudo.

Sustentaram que, após a explosão, as encostas daqueles Morros, que estavam estáveis, vieram abaixo praticamente ao mesmo tempo, isto é, somente a partir dos citados fenômenos, o imenso material geológico se soltou, atingindo a população local.

Os agravantes perderam sua residência e local de trabalho, onde desempenhavam atividade rural (criação de gado leiteiro e corte), atividade esta que era exercida de forma suplementar à sua receita advinda de aposentadoria junto ao INSS (fl. 61).

No caso dos autos, investiga-se se as explosões ocorridas em gasoduto mantido pela requerida na localidade do Morro do Baú e no seu entorno, no ano de 2008, guardam ou não relação causal com os deslizamentos que levaram à morte os entes queridos do autor. Parecer elaborado pela empresa S&A Geologia-Geofísica, firmado por ex-técnicos da defesa civil no Município de Luiz Alves, dá conta, inicialmente, de que:

Os deslizamentos se iniciaram nas cotas mais elevadas dos morros, onde a vegetação era secundária em estágio avançado e/ou em estágio primário (mata nativa).

Os deslizamentos ocorreram concentrados, em uma área de diâmetro máximo de 15 km no entorno do Morro do Baú;

O rio Luis Alves atuou como divisor do efeito catastrófico, pois, esta unidade hidrológica está encaixada numa estrutura tectônica (falha), e os deslizamentos que ocorreram a norte da calha deste rio apresentaram comportamentos distintos;

Dezenas de moradores afirmaram que no momento da explosão sentiram janelas, portas, xícaras e colheres vibrarem, e após este fenômeno desencadearam-se os movimentos da massa terrosa.

O rompimento da tubulação do gasoduto e a consequente explosão liberaram energia na forma de ondas primárias (P), secundárias (S) e love (L) semelhantes às ondas provocadas pelos terremotos.

De acordo com a escala Richter, que define o efeito que a liberação das ondas P, S, e L provocam na superfície, nos leva a classificar a intensidade da explosão como sendo de grau 4 a 4,2.

As ondas P e S se propagaram no pacote rochoso, e as ondas L no solo. As ondas P e S sofreram um processo de reflexão e refração nas zonas de falhas.

Conclusão

Agentes como terremotos, explosões, tráfego pesado, cravação de estacas, transmitem vibrações ao trato rochoso. As vibrações geradas por estes agentes induzem vibrações de baixa frequência e grande amplitude (...).

Na localidade do Morro do Baú e no seu entorno os movimentos de massa foram provocados inicialmente pelo deslocamento das ondas P, S e L, da seguinte forma:

Em decorrência das chuvas que castigavam o estado incessantemente desde o mês de julho o solo estava saturado, mas ainda permanecia estável apesar da inclinação das encostas. O seccionamento abrupto da tubulação do gasoduto, seguido da forte explosão, gerou propagação das ondas P, S e L no subsolo rochoso e pouco profundo. Ocorreu uma alteração no comportamento físico do solo da seguinte maneira: a magnitude das tensões cíclicas introduzidas em virtude da propagação das ondas neste meio sujeita o solo a um determinado carregamento e o mesmo permanecerá estável por um certo tempo. A medida que estas tensões cíclicas aumentam, a pressão neutra no seu interior também cresce rapidamente, e então bruscamente o equilíbrio é rompido e desenvolve-se no interior do solo pressões neutras tão elevadas quanto a pressão de confinamento, o que causa a perda total da resistência, o pacote todo adquire fluidez e se liquefaz desencadeando um movimento de massa de consequência catastrófica como o ocorrido na região do Morro do Embaú (fls. 326-327).

Demais disso, no laudo acostado à fl. 305, atestou-se, em parecer técnico, que:

As chuvas intensas do período de 18 a 22.11.2008 podem ser considerados como agentes imediatos deflagradores de escorregamentos nas encostas na Região do Médio Vale do Itajaí, conforme resultados de pesquisas realizadas em outras regiões do país, todavia não com a mesma magnitude verificada na região de Belchior Alto onde, comprovadamente, a explosão verificada no gasoduto deve ser considerada como um fator deflagrador preponderante para os escorregamentos das encostas.

Os aspectos relativos à cobertura vegetal nos locais de escorregamentos estudados na região de Belchior Alto não podem ser invocados como fatores predisponentes ou deflagradores dos acidentes geológicos que são objeto do presente laudo técnico, pelo contrário, podem ter contribuído para a diminuição da gravidade da ação dos agentes e causas imediatos.

Há, ainda, o laudo elaborado pela EPAGRI às fls. 329-337, que atestam a ocorrência de uma explosão no gasoduto, causando deslizamentos de terra na região de Belchior Alto, em Gaspar, e nos Morros do Aço e do Baú, em Ilhota.

No mesmo sentido, os depoimentos tomados na fase policial, acostados aos autos, corroboram, nesta quadra processual, o fenômeno descrito nos laudos acima referenciados. Veja-se, a título de exemplo, o Termo de Declaração de Renato Duwe (fl. 215):

(...) o depoente residia na Rua Pedro Krause, s/n, próximo à Cascata Recanto Verde, no bairro Belchior Alto, nesta cidade, e lá era proprietário juntamente com sua esposa e uma filha menor de idade, de uma residência de alvenaria com dois pisos avaliada em oitenta mil reais; que, naquele dia e por toda a noite, houveram chuvas torrenciais em todo o vale do Itajaí, e por volta das 21 horas, houve uma forte explosão no gasoduto que passa ali na localidade, e isso em torno de uns mil metros da casa onde morava o depoente; que, em seguida daquela explosão, um forte clarão chegou a iluminar a noite de forma que era visto há quilômetros de distância; que, em ato contínuo, logo após a explosão do gasoduto, houve um desmoronamento de um morro situado atrás da casa do depoente, causando rachaduras em toda a casa e ao redor do imóvel; que, em razão disso, de imediato saiu com seus familiares da residência em meio às fortes chuvas e as ruas estavam obstruídas em razão de outros desmoronamentos em toda a região, e sem lugar seguro para se abrigar, pois tinha uma filha de dois anos de idade; que, durante a madrugada o depoente e seus familiares procuraram abrigo em meio às tempestades em um pasto de um vizinho; que, salienta que, por toda a madrugada enquanto havia o clarão do incêndio do gasoduto, o solo estava tremendo; que, não houve assistência nenhuma do gasoduto em razão dos fatos (...).

O *fumus boni juris* resta assim demonstrado. O perigo na demora decorre do fato de que os agravante, abalados material e psicologicamente pela perda de seu patrimônio e fonte suplementar de sustento (atividade rural), afirmaram estar privados de moradia e trabalho, circunstância que, se lhes for entregue, proporcionará uma espécie de recomeço.

Noutro norte, tem-se que a responsabilidade da Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia Brasil S/A é objetiva, consoante se infere do art. 927, § único, do CC/2002:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo Único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O que se avalia, no âmbito da responsabilidade objetiva, é tão somente o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável, para que daí exsurja o dever de indenizar. Vale dizer: os pressupostos para a concessão da medida, isto é, a verossimilhança das alegações e a prova inequívoca, capaz de permitir ao julgador um juízo de valor favorável à pretensão do postulante, encontram-se presentes, ao menos em parte, como se verá a seguir.

Ainda sobre esse tema, sublinha-se que, não só no âmbito do Direito Civil a responsabilização deve ser encarada pelo sistema objetivo. O art. 225, § 3.º, da Constituição da República e o art. 14, § 1.º, da Lei n. 6.938/81, respaldam a responsabilização objetiva do causador de danos ao meio ambiente, *in verbis*:

Art. 225. 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.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Na mesma linha, reforça a tese favorável ao pleito que, na Teoria do Risco Integral, o dever de indenizar decorre tão somente da existência do fato do qual adveio o prejuízo, *in casu*, a explosão do gasoduto como indutor da ocorrência dos deslizamentos que causaram prejuízos irreparáveis aos autores.

Colhe-se, no aspecto, outra lição, encartada no voto do Des. Cesar Abreu, proferida por ocasião do julgamento dos autos n. 2013.059665-9:

Não fosse o bastante, haver-se-ia de introduzir e adicionar um argumento, aparentemente novo em nossas hostes jurídicas, que diz respeito à presunção da causalidade, ou seja, sempre que um acontecimento, no caso dos autos o rompimento e explosão do gasoduto, seja capaz, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, de causar o dano de que o lesado foi vítima, presumir-se-á que o dano sofrido foi causado pelo respectivo fato.

Se ainda sobeja dificuldade, poder-se-ia dizer que cumprindo às partes no processo civil o dever de cooperação, o qual pode ser subdividido em dever de esclarecimento, lealdade e boa-fé, não há negar que cabe à empresa TBG tornar claras as circunstâncias pelas quais o rompimento e explosão do gasoduto não influenciaram no resultado danoso.

(...)

Qualquer gestor, medianamente cômico de suas obrigações sociais, teria vergonha de não pretender provar inocência, ou seja, a falta de qualquer mínima contribuição para o evento fatídico. Aliás, não custa repetir que é a própria honra objetiva da empresa (o seu bom nome e a imagem perante a sociedade) que está no pelourinho.

Assim, enquanto não antecipa ou demonstra vontade de se eximir de toda e qualquer responsabilidade, pesa sobre os seus ombros, como alhures mencio-

nado, a presunção da causalidade ou concausalidade, igualmente caracterizadora da responsabilidade civil, própria ou solidária.

Poder-se-ia cogitar, sob outro prisma, que a medida se afigura irreversível, considerada a obrigação imposta à agravada. A irreversibilidade do provimento antecipado é causa de indeferimento da postulação. Entretanto, não se olvide, há valores mais altos em jogo que a mera perda patrimonial da agravada. Em foco estão o direito à moradia e ao labor, postulados estes que integram o arcabouço de direitos que substanciam o direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à felicidade, esta última encartada no preâmbulo constitucional sob a insígnia do “bem-estar”. Esse prefalado direito, ainda subestimado no meio jurídico, constitui objetivo não versado expressamente na demanda mas, não por outra razão, o autor veio a juízo: ele busca obter, sem dúvida, ainda que uma centelha de felicidade para prosseguir. Felicidade esta que lhe foi inicialmente ceifada, tudo indica, pelo conjuntura de dois fatores, sendo um deles humano (explosão no gasoduto) e outro natural (enxurrada de 2008), ambos em relação de interdependência, tudo indica. Assim, se a entrega de dinheiro para moradia pode ser irreversível, já que, na eventual improcedência da demanda, os autores talvez não reúnam condições financeiras para devolver o que perceberam liminarmente, por outro lado, negá-la, igualmente, constitui medida irreversível com efeitos drásticos sobre a vida e dignidade dos autores. A jurisprudência, sensível a tais percalços, orienta:

A exigência legal da reversibilidade da medida de urgência deve ser tomada *cum grano salis*, comportando mitigações quando estiver em jogo um valor igualmente caro ao ordenamento. Por isso, a regra do § 2.º do art. 273 do CPC não impede o deferimento da antecipação da tutela quando a falta do imediato atendimento médico causará ao lesado dano também irreparável, ainda que exista o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado (STJ, REsp. 408.828, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 1.º.03.05).

A antecipação de tutela, por outro lado, não pode ser diversa daquela já concedida nestes autos, apenas parcialmente, posto que os próprios autores afirmaram, consoante consta na inicial, que o imóvel onde desempenhavam atividade rural constituída fonte de renda “suplementar”, àquela recebida a título de aposentadoria, junto ao INSS. Significa, numa palavra, que não há perigo na demora demonstrado quanto à fixação da verba alimentar, a título do ilícito em tese perpetrado. Nada impede, como registrado na decisão que lhes concedeu a antecipação de tutela recursal, que a matéria seja examinada em sede de cognição exauriente.

Por derradeiro, registra-se que a empresa agravada anexou fotos e argumentos em suas contrarrazões, no sentido de tentar demonstrar que o imóvel dos agravantes não foi atingido pela explosão e sim por uma enxurrada. Ora, tais fatos devem ser examinados, tal qual o pedido de concessão de alimentos, por ocasião da sentença, nada impedindo que, na primeira instância, após a produção da prova pericial, sejam estas circunstâncias revistas pelo julgador.

Deve-se, pois, conhecer parcialmente e, no que é objeto de decisão, dar provimento parcial ao recurso para confirmar a antecipação de tutela deferida no presente agravo, apenas para assegurar aos autores a percepção de uma renda mensal no importe de 2 salários mínimos, relegado o exame do pedido alimentar para o desfecho da demanda.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 2014.021181-9, da Capital

Relator: Des. Cesar Abreu

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE RECEPCIONISTA, SERVENTE, COPEIRA, TELEFONISTA E MOTORISTA. RENOVAÇÃO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE NOVO PROCESSO LICITATÓRIO. INABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO AO REALIZAR CONTRATAÇÃO ATRAVÉS DE DISPENSA DE PROCESSO LICITATÓRIO QUANDO NÃO ESGOTADA A POSSIBILIDADE DE RENOVAÇÃO DO PREEXISTENTE, ALÉM DE NÃO SE ENQUADRAR ESSA ALTERNATIVA, NAS HIPÓTESES DE EMERGÊNCIA E CALAMIDADE PÚBLICA PREVISTAS NO ART. 24, II, DA LEI N. 8.666/1993. SITUAÇÃO QUE, EMBORA DEMONSTRE DESACERTO EM RELAÇÃO AO *MODUS OPERANDI*, NÃO CONFIGURA ATO ÍMPROBO, AUSENTE O DOLO, A MÁ-FÉ OU LESÃO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE SUBSÍDIOS FÁTICOS OU JURÍDICOS A LEGITIMAR O SEGUIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REFORMA DA DECISÃO QUE RECEBEU A PETIÇÃO INICIAL. REJEIÇÃO DA AÇÃO PELA INEXISTÊNCIA DO ATO DE IMPROBIDADE (ART. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992). EXTENSÃO DOS EFEITOS AOS DEMAIS RÉUS. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2014.021181-9, da comarca da Capital (1ª Vara da Fazenda Pública), em que é agravante Plansul – Planejamento e Consultoria Ltda., Rafael Beda Gualda e Rogério Crespo Gualda e agravado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 11 de novembro de 2014, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Cesar Abreu, com

voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Pedro Manoel Abreu e Stanley da Silva Braga. Funcionou como Representante do Ministério Público a Excelentíssima Doutora Gladys Afonso.

Florianópolis, 19 de novembro de 2014.

Cesar Abreu
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Plansul - Planejamento e Consultoria Ltda., Rafael Beda Gualda e Rogério Crespo Gualda contra decisão interlocutória que recebeu a petição inicial de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa c/c Ressarcimento ao Erário n. 023.13.002529-4, em que é autor o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, na qual objetiva, fundamentalmente, sua reforma, com fulco no art. 17, §10, da LIA.

Sustentam, os agravantes, em abreviada síntese, que: a) é inaplicável a Lei de Improbidade Administrativa a pessoas jurídicas; b) o réu Rafael Beda Gualda é parte ilegítima passiva na demanda; c) a decisão recorrida não individualiza corretamente as condutas dos agravantes; d) existe, *in casu*, direito constitucional de apresentar orçamento de prestação de serviços a órgão público, de tal forma que a conduta dos particulares não representa falta de probidade; e) o contrato de prestação de serviços firmado poderia ser prorrogado por mais doze meses; f) não houve dano ao erário; g) ausente o elemento subjetivo da improbidade, vale dizer, o dolo, em relação aos agravantes; h) a dispensa de licitação ocorreu regularmente.

Processado o agravo, ausente o pedido de efeito suspensivo, e apresentada a contraminuta, sobreveio manifestação do Ministério Público pelo desprovimento do recurso.

Após, os autos vieram-me conclusos para julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

O recurso comporta provimento.

O presente agravo visa reformar a decisão interlocutória de fls. 43-48, que recebeu a inicial da Ação de Improbidade Administrativa n. 023.13.002529-4, alegando a inocorrência de atos de improbidade administrativa cometidos pelos réus.

Pois bem. A empresa Plansul – Planejamento e Consultoria Ltda., ora agravante, participou de processo licitatório para a prestação de mão de obra terceirizada de recepcionista, servente, copeira, telefonista e motorista, no qual se sagrou vencedora. Vê-se que a referida empresa celebrou o Contrato n. 10/2007 (fls. 626 – 636, dos autos n. 023.12.002529-4, colhidos da mídia digital encartada às fls. 71 do presente agravo) com a Companhia de Habitação de Santa Catarina – Cohab/SC para a prestação desses serviços pelo período de doze meses, com início em 11-12-2007, podendo ser prorrogado, mediante aditamento (cláusula quarta), até o limite de 60 (sessenta) meses, ou seja, com finalização prevista para 11-12-2012.

Nesse período, foram realizadas 7 alterações contratuais, 6 das quais voltadas à renovação contratual com término em 11-12-2011, objetivando, em resumo, a continuidade dos serviços prestados, a prorrogação dos prazos, bem como o reajuste de valores pactuados.

Logo, finalizado o prazo da 6ª alteração, era viável a sua renovação por mais doze meses, já que haviam sido cumpridos apenas 48 dos 60 meses previstos, conforme dispõe o art. 57, II, da Lei de Licitações.

No dia 7-12-2011, a empresa prestadora de serviços, ora agravante, enviou uma carta proposta (fls. 665, dos autos n. 023.12.002529-4, colhi-

dos da mídia digital encartada às fls. 71 do presente agravo) para a Cohab/SC com o objetivo de estender o prazo dos serviços prestados ao órgão.

Os procuradores jurídicos da Cohab/SC emitiram o parecer de fls. 660–663, dos autos n. 023.12.002529-4, colhidos da mídia digital encartada às fls. 71 do presente agravo, datado de 22-11-2011, no sentido de se abrir nova licitação; porém, não se atentaram para o fato de que o prazo de 60 meses, estabelecido no art. 57, II, da Lei n. 8.666/1993, ainda não havia se esgotado.

Ato contínuo, no dia 23-11-2011, a Cohab/SC, emitiu um termo de dispensa de licitação (fl. 672, dos autos n. 023.12.002529-4, colhidos da mídia digital encartada às fls. 71 do presente agravo), bem como firmou novo Contrato de Prestação de Serviços n. 14/2011 (fls. 1.000 – 1.005, dos autos n. 023.12.002529-4, colhidos da mídia digital encartada às fls. 71 do presente agravo), com a empresa agravante, fundado no art. 24, IV, da Lei n. 8.666/1993, visando à continuidade destes, com prazo de 6 meses, com início em 1º-1-2012, e nas mesmas bases financeiras e funcionais da última alteração.

Não se pode olvidar, todavia, que a Cohab/SC, tanto quanto seu corpo jurídico, equivocou-se no seu *modus operandi*, pois não percebeu, que o prazo limite de 60 meses, com fim previsto em 11-12-2012 ainda não se havia esgotado, e de maneira desafortunada acabou por contratar pelo processo de dispensa de licitação, usando inadequadamente o art. 24, IV da Lei de Licitações, quando não presentes as hipóteses de emergência ou calamidade pública.

Dessa forma, o que há de concreto é mesmo a falta de conhecimento jurídico adequado para o trato do assunto.

Houve incontestável inabilidade administrativa, embora não se possa dizer tenha a Cohab/SC, por seus prepostos, obrado com má-fé ou desonestidade.

É da jurisprudência desta Corte:

“ADMINISTRATIVO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INOCORRÊNCIA

1 Nem toda irregularidade administrativa pode ser classificada como improbidade, mesmo quando aparentemente o ato tisdado de ilegalidade se enquadre na tipificação genérica do art. 11 da Lei n. 8.429/92.

2 Na ausência de intenção do agente público em fraudar o procedimento licitatório, evidenciando-se que se tratou de simples inabilidade administrativa, não há razão para o enquadramento da conduta na LIA” (Reexame Necessário n. 2013032113-1, da comarca de Capinzal, relator Des. Luiz César medeiros, julgada em 29-10-2013).

Dito isso, não há falar, em atos de improbidade administrativa, menos ainda em dano ao erário, e, sim, como já mencionado, em inabilidade da administração, na medida em que novo processo licitatório não seria necessário, bastava apenas que fosse realizada outra renovação contratual para ampliar o prazo dos serviços por mais seis ou até doze meses, concluídos os 60 meses admitidos.

Inexistente, portanto, ato de improbidade, não se justifica o seguimento da ação originária, a qual deve ser rejeitada (art. 17, § 8º da Lei n. 8.429/1992).

Nesse sentido, aliás, já se decidiu:

“Se o conjunto probatório, por falta de consistência objetiva, faz concluir estarem ausentes indícios de culpa, de dolo ou de qualquer espécie de comportamento ímprobo, impõe-se a confirmação da sentença que rejeitou ação por ato de improbidade administrativa, com espeque no art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/92 (Apelação Cível n. 2011.075418-3, da comarca de Lages, relator Des. João Henrique Blasi, julgada em 15-1-2013)”.

“No intuito de se evitar uma lide temerária, a petição inicial da ação civil pública por improbidade administrativa deve ser rejeitada quando o julgador, por decisão fundamentada, com base nas alegações do autor, na resposta dos

rêus e na documentação acostada por ambos, estiver convencido da **inexistência do ato de improbidade**, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita (§ 8º do art. 17 da Lei n. 8.429/92) “ (Apelação Cível n. 2006.037286-8, da comarca de Xanxerê, relator Des. Jaime Ramos, julgada em 16-4-2009)”.

Incide aqui, ademais, a regra do art. 509 do CPC, o qual prescreve que o recurso de um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses. Essa regra está estritamente ligada ao prescrito no art. 46, III, do mesmo diploma, para o efeito do caso concreto. E dito permissivo legal aponta na direção de que há litisconsórcio sempre que entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir.

Ora, na hipótese, um mesmo fato se está imputando aos réus e uma mesma responsabilidade se lhes é cobrada.

Sobre essa extensão, colhe-se do STJ:

“[...]O recurso, em regra, produz efeitos tão somente para o litisconsorte que recorre. Apenas na hipótese de litisconsórcio unitário, ou seja, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, quando o julgamento haja de ter, forçosamente, igual teor para todos os litisconsortes, mostra-se aplicável a norma de extensão da decisão, prevista no art. 509, caput, do Código de Processo Civil [...] (Resp. N. 827.935).

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO: UNIDADE (ART. 509 DO CPC) - ATO DE IMPROBIDADE - DESFALQUE PATRIMONIAL - LEI 8.429/92”.

1. Litisconsórcio facultativo que, pelas circunstâncias fáticas, recomenda unidade de julgamento”.

2. Ingresso dos litisconsortes no feito, em grau de recurso especial interposto por um deles apenas, nos termos do art. 509 do CPC [...] (Recurso Especial n. 324.730 SP, rela. Mína. Eliana Calmon, julgado em 8-4-2003).

E, mais: RMS n. 15.354; EDcl no REsp n. 453.860 e REsp n. 203.042”.

À vista do exposto, voto pelo provimento do agravo para reformar a decisão agravada e rejeitar a ação, diante da inexistência, em relação a todos os réus, indiscutivelmente, de atos de improbidade (art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992).

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n.º 2010.035393-3, da Capital

Relator: Desembargador Ricardo Roesler

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INFRAÇÃO DE CONSUMO. DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS SEM OBSERVAÇÃO DA LEGISLAÇÃO REGENTE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA, TENDO EM VISTA A PENDÊNCIA DE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. IMPROPRIEDADE. COMPETÊNCIA FIRMADA NO JULGAMENTO DA AÇÃO. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE DEDUÇÃO DE PREJUÍZO CONCRETO.

SUSCITADA INCONSTITUCIONALIDADE DAS PORTARIAS N.º 116/00/ANP E 29/99/ANP. INCONSISTÊNCIA. SENTENÇA QUE SE FUNDAMENTA UNICAMENTE EM DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA LEI ESTADUAL N.º 13.325/05. OBSERVAÇÃO PELO STF DA LEGITIMIDADE DOS ESTADOS PARA DISCIPLINAR A DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS (**ADI nº 1.980/PR**, REL. MIN. CEZAR PELUSO).

DEFESA DE DIREITO DO CONSUMIDOR. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO REAFIRMADA (STF, **RE 699.580-AGR/SC**, REL. MIN. CELSO DE MELLO).

DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS A POSTOS FIDELIZADOS (COM BANDEIRA PRÓPRIA). OFENSA AO DISPOSTO NO ART. 6.º DA LEI N.º 13.325/05, QUE IMPEDE A DISTRIBUIÇÃO EM DESACORDO COM A FIDELIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE FORNECIMENTO APENAS AOS POSTOS SEM FIDELIZAÇÃO (BANDEIRA BRANCA) E ÀQUELES DE BANDEIRA DA DISTRIBUIDORA. MANUTENÇÃO.

DANO MORAL DIFUSO. CONDENAÇÃO, NO CASO, QUE DECORRE UNICAMENTE DO DESCUMPRIMENTO DE REGRA OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DO DANO, SOBRE-

TUDO À MÍNGUA DE ALGUMA PROVA DE OFENSA PARA ALÉM DA MITIGAÇÃO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO. EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE (AC 2008.030794-6, REL. DES. SUBST. PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 2010.035393-3, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que é apelante Petropar - Petróleo e Participações Ltda., e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 20 de novembro de 2014, os Exmos. Srs. Desembargadores Jaime Ramos (Presidente com voto) e Rodrigo Cunha.

Florianópolis, 26 de novembro de 2014.

Ricardo Roesler
RELATOR

RELATÓRIO

Petropar Petróleo e Participações Ltda. interpôs recurso contra sentença lançada em autos de ação civil pública, movida pelo Ministério Público. Da sentença consta o seguinte relatório:

Propõe o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ação coletiva de consumo, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em desfavor de Petropar e Participações Ltda.

Afirma, em síntese, que a empresa ré está comercializando combustíveis para postos revendedores que exibem a marca comercial, identificação e cores de outras empresas distribuidoras, sendo tal prática considerada irregular, ferindo drasticamente as normas consumeristas. Desta feita, requer, a título de antecipação dos efeitos da tutela, que a empresa ré seja compelida a distribuir

combustíveis apenas para postos revendedores que ostentam sua marca e identificação visual ou para postos de bandeira branca, sob pena de multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). No mérito, visa a confirmação dos efeitos da tutela, tornando definitiva a decisão que a concedeu, bem como a condenação da empresa ré no pagamento da quantia de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a título de danos morais difusos, a ser destinado ao Fundo de Reconstituição dos bens Lesados do Estado de Santa Catarina.

Antecipação dos efeitos da tutela deferida em fls. 144-148, dos autos.

O réu interpôs Agravo de Instrumento às fls. 169-215, em relação a decisão da tutela antecipada acima deferida.

O egrégio Tribunal de Justiça concedeu efeito suspensivo ao agravo de instrumento, suspendendo, portanto, os efeitos da tutela antecipada.

A empresa ré devidamente citada, apresentou resposta na forma de contestação. Aduziu, preliminarmente, litisconsórcio necessário, incompetência absoluta, a ilegitimidade ativa, carência de ação e ilegitimidade passiva.

No mérito, afirmou que teve autorização da ANP para atuar no setor; que a lei é inconstitucional, pois viola os princípios informadores da ordem econômica e o da função social da propriedade; que o TAC viola a livre iniciativa, a livre concorrência e a liberdade de contratar; e, por fim, que a empresa ré não está vinculada as normas consumeristas, já que não é atividade fim. Ao final, pugnou pela improcedência do pedido.

Impugnação à contestação em fls. 720-737. (fls. 738-739)

Ao final julgou-se procedentes os pedidos, nos seguintes termos:

Ante o exposto, ACOLHO o pedido formulado pelo autor, para determinar que a empresa ré distribua combustível apenas para postos de bandeiras branca, sob pena de multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por cada vez que a presente decisão for desrespeitada, bem como condená-la ao pagamento da quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de indenização pelos danos difusos causados aos consumidores, o qual deverá ser revertido para o fundo de reconstituição dos bens lesados, criado pelo Decreto n.º 1.047/87, em conformidade com o art. 13 da lei 7.347/85. (fl. 747)

Opostos aclaratórios (fls. 750-755), adiante rejeitados (fls. 758-760), a apelante então recorreu, revisitando as teses preliminares (necessidade

de formação de litisconsórcio com a ANP e conseqüente reconhecimento da incompetência; ilegitimidade ativa, ilegitimidade passiva e carência de ação), além da alegação de nulidade por ausência de julgamento do incidente de incompetência. Destacou, ainda, a inconstitucionalidade das Portarias n.º 116/00/ANP e 29/99/ANP, e reafirmou as teses meritórias. Reclamou-se, ainda, a antecipação da tutela recursal (fls. 765-835).

Houve contrarrazões (fls. 901-931).

O Ministério Público opinou pelo não conhecimento do recurso ou, sucessivamente, pelo seu desprovimento com imposição de multa por litigância de má-fé (fls. 936-946). Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Antenor Chinato Ribeiro.

Negou-se a antecipação pretendida (fls. 948-950).

É o relatório.

VOTO

Trato de recurso contra sentença que impôs à recorrente a obrigação de observar a legislação no que concerne à sua atividade, a distribuição de combustíveis, bem como lhe impôs o pagamento de indenização por danos morais coletivos, à vista da prática de distribuição de combustíveis em desacordo com a legislação.

Sem olvidar o expressivo rol de preliminares, destaco, com relação à dedução de inconstitucionalidade, que alguma observação é necessária, sobretudo diante da impossibilidade de o órgão fracionário deduzir, diretamente, a inconstitucionalidade de preceito normativo (Súmula Vinculante n.º 10). No caso, não conheço da invocação de inconstitucionalidade decorrente das disposições contidas nas Portarias n.º 116/00/ANP e 29/99/ANP por não comporem causa de julgamento – a demanda foi essencialmente resolvida à luz do que dita a Lei Estadual n.º 13.325/05 e o CDC.

Bem a propósito, a dedução de ofensa ao art. 238 da Constituição da República em relação ao que dispõe a Lei Estadual n.º 13.325/05 tem sido reiteradamente afastada pelo STF, que reconhece a legitimidade dos Estados para disciplinarem sobre a distribuição de combustíveis. Cito, entre outros:

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 12.420/99, do Estado do Paraná. Consumo. Comercialização de combustíveis no Estado. Consumidor. Direito de obter informações sobre a natureza, procedência e qualidade dos produtos. Proibição de revenda em postos com marca e identificação visual de outra distribuidora. Prevenção de publicidade enganosa. Sanções administrativas. Admissibilidade. Inexistência de ofensa aos arts. 22, incs. I, IV e XII, 170, incs. IV, 177, §§ 1º e 2º, e 238, todos da CF. Ação julgada improcedente. Aplicação dos arts. 24, incs. V e VIII, cc. § 2º, e 170, inc. V, da CF. É constitucional a Lei nº 12.420, de 13 de janeiro de 1999, do Estado do Paraná, que assegura ao consumidor o direito de obter informações sobre a natureza, procedência e qualidade de produtos combustíveis comercializados nos postos revendedores do Estado. (ADI nº 1.980/PR. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso, publicado em 7.8.2009)

No mais, suscitou-se a nulidade do julgamento porque, deduzida a exceção de incompetência, o magistrado resolveu a ação sem dar julgamento ao incidente. Não é o caso, definitivamente.

Na sentença, cuidou-se, tanto quanto das demais prefaciais, da dedução de incompetência. É bem verdade que o incidente transitou inólito e sem solução particular, contando apenas com o pedido e a manifestação do Ministério Público (autos n.º 023.08.080187-3, apensos), ressentindo-se então da manifestação da excipiente. No entanto, a pretensão de nulidade é bastante caprichosa, pois somente se deduziu vício formal – não há alegação material de prejuízo – bem porque, é bom que se diga, estava associada à legitimidade da agência reguladora.

Logo, resolvida na sentença a questão, e ausente o prejuízo concreto, não há como declarar-se alguma nulidade.

Nesse passo, a competência firmou-se porque reconhecida a desnecessidade de inserir na demanda a Agência Nacional do Petróleo – o que foi postulado por haver a recorrente demandado a agência reguladora em “ação declaratória de direito de comercialização”. O fato é que lá se afirmava a livre distribuição de seus produtos, conforme se apontou na sentença; e, por outro lado, já fiz anotar, o STF reconhece a legitimidade do Estado para disciplinar a distribuição.

Assim, embora se possa ver alguma semelhança, é evidente que a causa de pedir remota distancia-se, sobretudo porque a demanda aqui se alberga na legislação local. É, ademais, orientada neste caso em face da legislação de consumo – bem distante, portanto, da arquitetura daquela ação.

Adiante, é questionada a legitimidade do Ministério Público – afirmação, logo se vê, de cariz formal; afinal, não exige maior esforço a conclusão, a partir da leitura da inicial, que a pretensão é bastante objetiva, e vocacionada à proteção da tutela do consumidor. Daí a alegação preambular de que litigava em torno de interesse (direito) individual homogêneo, cuja prerrogativa é assegurada, também, ao Ministério Público (STF, **RE 699.580-AgR/SC**, Rel. Min. Celso de Mello).

Há, ainda, a dedução de carência e de ilegitimidade passiva que, de toda sorte, não são propriamente alegações preliminares, mas antes respeitam ao mérito, e com ele serão abordadas.

Quanto ao pano de fundo, reclamou-se tutela específica – que então se intitulou “obrigação de fazer” – consistente na determinação à apelante de apenas fornecer combustíveis a postos que ostentassem sua marca e àqueles sem fidelização (nominados “bandeira branca”), com a identificação da origem, nos termos do art. 13.º da Lei Estadual n.º 13.325/05, além da condenação por danos morais difusos e, por fim, da condenação genérica ao ressarcimento de eventuais prejuízos. A ação decorre do fato, noticiado na vestibular, de que a recorrente, diversamente

dos postos que então adquiriam o combustível sem fidelização, não ter avançado, com o Ministério Público, termo de ajustamento de conduta.

Observo que o Ministério Público sustentou sua pretensão sob dois fundamentos distintos: o primeiro, por ter a recorrente fornecido combustíveis a determinados postos fidelizados sem observar tanto a regulação imposta pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, e também a legislação estadual; o segundo, por patrocinar propaganda enganosa, considerando que o combustível distribuído era então comercializado como pertencente a esta ou aquela bandeira.

A distribuição irregular do combustível viu-se desde logo demonstrada no pequeno aporte de notas fiscais, onde se observa que postos fidelizados – com bandeiras de distribuidoras específicas – adquiriram combustíveis da recorrente. Esses documentos, que se somam a termos de fiscalização e encorpam o inquérito civil (fls. 37 e segs.) não são propriamente objetos de contestação; o que se discute é o eventual direito de distribuí-los e a impossibilidade de submeter as restrições reclamadas pelo Ministério Público.

No que se refere propriamente à distribuição, já mencionei, a Lei Estadual n.º 13.325/05 determina que se observe a fidelização e a informação ao consumidor, preceituando o art. 6.º que “*as empresas distribuidoras não poderão fornecer produtos combustíveis a postos revendedores que exibam a marca e a identificação visual de outra distribuidora*”. Mais que isso, impõe o dever da distribuidora de certificar-se da identificação, no posto de venda, da origem do combustível:

Art. 3º Os postos revendedores ficam obrigados a exibir, ostensivamente, de maneira correta e clara, o nome da empresa distribuidora fornecedora dos combustíveis, de modo a assegurar ao consumidor o prévio conhecimento sobre a origem e a qualidade do produto adquirido, inclusive com a exposição obrigatória em local de ampla visualização dos consumidores dos telefones do PROCON, Secretaria de Estado da Fazenda e Comitê Sul Brasileiro

de Qualidade dos Combustíveis, participantes do programa de defesa do consumidor denominado Pró-Combustíveis.

Art. 4º A empresa distribuidora que fornecer produtos combustíveis a postos revendedores que não exibam a marca, as cores e a identificação visual de qualquer outra empresa distribuidora deverá, previamente, certificar-se de que os postos revendedores estejam atendendo ao disposto no art. 3º desta Lei, exibindo o seu nome como sendo a empresa distribuidora fornecedora do produto, de modo a evitar que o consumidor seja induzido a erro quanto à origem do produto.

Nesse passo, uma vez revelada a distribuição de combustíveis sem observação sobretudo da fidelização, há, evidentemente, infração ao direito do consumidor. A matéria, bem a propósito, é recorrente nesta Corte, que assim tem afirmado:

ACÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. OBRIGAÇÃO DE EXIBIR OSTENSIVAMENTE A BANDEIRA DA EMPRESA QUE FORNECE O COMBUSTÍVEL AO POSTO. PROCEDÊNCIA. DANO MORAL DIFUSO NÃO CONFIGURADO.

Nos termos da Lei Estadual n. 13.325, de 20 de janeiro de 2005, os postos revendedores de combustíveis estão obrigados a exibir, ostensivamente, de maneira correta e clara, o nome da empresa distribuidora fornecedora de combustíveis, de modo a assegurar o prévio conhecimento sobre a origem e a qualidade do produto adquirido, inclusive com a exposição obrigatória em local de ampla visualização dos consumidores dos telefones do Procon, Secretaria de Estado e Comitê Sul Brasileiro de Qualidade dos Combustíveis, participantes do programa de defesa do consumidor denominado Pró-Combustíveis. A legislação em tela coíbe, ainda, às empresas distribuidoras o fornecimento de produtos combustíveis a postos revendedores que exibam a marca e a identificação visual de outra distribuidora.

[...]

Inviável, em contrapartida, compelir a requerida a ressarcir os alegados danos difusos, porquanto “sucede que a despeito da natureza objetiva da responsabilidade dos fornecedores de produtos e serviços pelos danos que causarem aos consumidores, nos termos do art. 14 do microssistema consumerista,

não se dispensa a comprovação em concreto dos pressupostos da pretensão indenizatória. Portanto, ainda que desnecessária a perquirição acerca de dolo ou culpa, indispensável é a comprovação de uma ação ou omissão por parte do fornecedor, de um dano concretizado e, por fim, da existência de relação de causalidade entre ambos.

“Na hipótese em comento, observa-se que além de inexistir prova concreta acerca de eventual dano (patrimonial ou extrapatrimonial), ainda que do ponto de vista dos consumidores difusamente considerados, sequer constou da causa de pedir inicial qualquer informação nesse sentido.

“Não se discute tenha a requerida agido ilicitamente; apenas não se mostra viável a condenação em perdas e danos quando o autor não aponta qualquer dano em concreto, nem mesmo produz prova nesse tocante. A simples transgressão do sistema normativo e legal, saliente, não tem o condão de fazer surgir, *ipso jure*, o dever de indenizar.

“Também não se nega a possibilidade de dano moral a coletividade dos consumidores. Entretanto, para que seja acolhida a pretensão indenizatória nos termos em que foi declinada, impunha-se ao autor que descrevesse e provasse eventual abalo à harmonia das relações de consumo, ou então a dor e o sofrimento a que foram submetidos os consumidores, ou ainda que tenham sido os mesmos expostos a algum risco potencial, ou que tenham sido atingidos em sua esfera íntima. Se nada ficou demonstrado na hipótese, consequência inexorável é o afastamento do pleito indenizatório veiculado na inicial da ação coletiva e acolhido pelo julgador monocrático” (TJRS, Ap. Cív. 70014739080, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann). (Apelação Cível. 2007.013836-2. Rel. Des. Vanderlei Romer. Primeira Câmara de Direito Público. 31-5-2007)

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS.

A Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), de caráter especial, possuindo o status de remédio constitucional, serve como autêntico instrumento de defesa de interesses sociais e exige tratamento diferenciado, máxime porque o Ministério Público está impedido de receber verba honorária, em razão de expressa previsão constitucional.

No dizer do preclaro Yussef Said Cahali, “a vedação constitucional contida nos arts. 127, § 5º, a e 129, III, [*sic*] não dá margem a qualquer interpretação permissiva da incidência de verba honorária na ação civil pública ou em qualquer outra em que seja titular o Ministério Público, seja sob qualquer pretexto, mesmo que tal se reverta em benefício da Fazenda Pública ou do Fundo de que trata o art. 13 da Lei 7.347/85” (Honorários Advocatícios. 3. Ed. São Paulo: RT. 1997. p. 1288). (Apelação Cível. 2007.016264-8. Rel. Des. Rui Fortes. Terceira Câmara de Direito Público. 4-4-2008)

APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. (AC 2008.030794-6. Primeira Câmara de Direito Público. Rel. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Decisão de 25.10.2010)

Dáí que, embora seja duvidosa (e improvada) a prática de propaganda abusiva – o que se tem identificado em princípio é a revenda de combustíveis para postos fidelizados, e estes é que não davam conta da origem clandestina – o fato é que há flagrante desrespeito com a norma local, justificando que se imponha a restrição de comercialização – com a imposição de multa, inclusive.

No mais, tal qual sinalizado no paradigma, não creio que se tenha no caso objeto indenizável do ponto de vista moral.

Não fosse a natural dificuldade em se impor indenização dessa ordem em matéria de trato coletivo – a percepção é de que, na prática, o que se impõe é apenas alguma penalidade, dada a indefinição do “sujeito coletivo” – no caso concreto ele se ampara unicamente no fato de se haver distribuído combustível sem identificação da origem. O dano, nesse cenário, a mim parece não transpor o campo das probabilidades; afinal, se não há formal reclamação de consumidores eventualmente ofendidos com a prática, a imposição de indenização exige o exercício de presunção do dano pela prática. Em princípio, tal qual indica o precedente que citei, há apenas transgressão de determinada regra, sem que se note nessa prática, inicialmente, algum desdobramento que autorizasse a indenização por danos morais – sobretudo difusos.

A essa conclusão também pode se chegar a partir da leitura do pedido inicial, que mesmo em relação aos danos materiais formula condenação genérica, cuja perspectiva é unicamente a de se ter desobedecido a regra-matriz. Dito de outro modo, não há, para além da inobservância da lei, alguma prova ou mesmo evidência de prejuízo material ao consumidor, mas apenas de ofensa ao direito à informação – a meu sentir rigorosamente repreendido com o acolhimento da tutela específica reclamada.

Isso posto, dou parcial provimento ao recurso, unicamente para excluir a condenação à indenização por danos morais difusos, mantendo-se no mais o que decidido.

É como voto.

SEÇÃO CRIMINAL

Agravo Regimental em Revisão Criminal n. 2014.010401-9/0001.00, de Quilombo

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERE, LIMINARMENTE, REVISÃO CRIMINAL. AÇÃO AFORADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PRESCINDIBILIDADE DE ANUÊNCIA EXPRESSA DO APENADO OU DE PROCURAÇÃO. PRECEDENTES. CONDENADO, ADEMAIS, EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE PROCESSUAL. RECLAMO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental em Revisão Criminal n. 2014.010401-9/0001.00, da comarca de Quilombo (Vara Única), em que é agravante Jaisson Antônio Lucas:

A Seção Criminal decidiu, por maioria de votos, dar provimento ao agravo para submeter o mérito da revisional à apreciação do órgão colegiado. Vencidos os Exmos. Des. Carlos Alberto Civinski - Relator, Des. Roberto Lucas Pacheco e Des. Ernani Guetten de Almeida, que negavam provimento ao agravo, mantendo a decisão que indeferiu liminarmente a revisão criminal. Custas legais.

O julgamento, realizado na data de 27 de agosto de 2014, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Srs. Des. Carlos Alberto Civinski, Des. Sérgio Rizelo, Des. Ernani Guetten de Almeida, Des. Marli Mosimann Vargas, Des. Roberto Lucas Pacheco, Des. Getúlio Corrêa e Des. Paulo Roberto Sartorato.

Florianópolis, 29 de agosto de 2014.

Moacyr de Moraes Lima Filho
RELATOR DESIGNADO

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo regimental, interposto na forma do art. 195 do Regimento Interno deste Tribunal, contra a decisão monocrática que indeferiu liminarmente a ação revisional aforada pela Defensoria Pública do Estado, com fulcro no art. 3º do Código de Processo Penal, c/c o art. 557 do Código de Processo Civil e art. 625, § 3º, parte final do Código de Processo Penal, tendo em vista a ausência de manifestação expressa do revisionando aquiescendo com a atuação do defensor (fls. 27/30).

Sustenta, de início, a incompetência do relator para, monocraticamente, negar seguimento à revisional, o que violou o princípio da colegialidade. Ademais, argumenta a *“desnecessidade de habilitação ou anuência expressa do condenado para a propositura de revisão criminal pela Defensoria Pública”*.

Assim, requer o conhecimento e provimento do reclamo, para que seja *“extirpada do mundo jurídico a decisão recorrida, proferindo-se outra em seu lugar que reforme a sentença condenatória questionada nos termos da petição inicial”* (fls. 33/45).

VOTO

1. De plano, consigna-se que, nos moldes do art. 557 do Código de Processo Civil, *“o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”*.

No caso em exame, a revisional foi indeferida, monocraticamente, em razão da ausência de *“elemento que indique renúncia do condenado ao direito de constituir advogado particular”* (fl. 27). Todavia, a questão foi, recentemente, discutida em Seção Criminal, oportunidade em que, por maioria, decidiu-se pela desnecessidade de aquiescência expressa do

apenado em face do Defensor Público para o aforamento de revisão criminal (Revisão Criminal n. 2013.069335-5, de Lages, rel. designado Des. Rodrigo Collaço, j. em 26/2/2014).

Logo, não estão presentes os requisitos do art. 557 do CPC, ou do art. 625, § 3º, do CPP, tampouco do art. 267 daquele Código, que autorizaria o indeferimento liminar da ação autônoma de impugnação.

2. A Lei Complementar n. 575, de 2/8/2012, que criou a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, é clara ao legitimar a atuação dos Defensores Públicos em favor dos hipossuficientes, independentemente de qualquer manifestação de concordância do representado.

O art. 46 da mencionada Lei preceitua:

Art. 46. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública:

[...]

X – representar a parte, em feito administrativo ou judicial, independentemente de mandato, ressalvados os casos para os quais a lei exija poderes especiais;

Como mencionado alhures, esta Seção, recentemente, em julgamento de Revisão Criminal, tratou da competência da Defensoria Pública para agir em nome de revisionando, sem sua anuência expressa, cujos argumentos, dada a relevância, transcrevem-se:

A Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina somente foi criada em 2012, por meio da Lei Complementar Estadual nº 575, após o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 104 da Constituição Estadual e da Lei Complementar Estadual nº 155/1997 pelo Supremo Tribunal Federal (ADI's ns. 3.892 e 4.270). No julgamento destas duas ações diretas de inconstitucionalidade, aquele Tribunal Superior concedeu o prazo de 1 (um) ano para que o Estado de Santa Catarina se adaptasse ao sistema da defensoria pública, concluído e cumprido no ano passado.

Logo, a instalação da defensoria pública no Estado é recente e encontra fundamento na Constituição Federal, na Lei Orgânica Nacional da Defensoria

Pública (Lei Complementar nº 80/1994) e na Lei Complementar Estadual nº 575/2012.

O art. 134 da Constituição Federal reconhece que a defensoria pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do seu art. 5º, inc. LXXXIV (“o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”).

Para o Supremo Tribunal Federal, “a Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas –, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado. De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apóiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (...), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da CR. Direito a ter direitos: uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades – Direito essencial que assiste a qualquer pessoa, especialmente àquelas que nada têm e de que tudo necessitam. Prerrogativa fundamental que põe em evidência – Cuidando-se de pessoas necessitadas (...) – A significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública” (ADI nº 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 1º/12/2005, Plenário – sem o grifo no original).

É a instrumentalização desse postulado de “direitos a ter direitos” que o art. 1º da Lei Complementar nº 80/1994 garante, pois, complementando a regra

constitucional, atribui à defensoria pública “a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal”.

Trata-se, inclusive, de consectário lógico dos princípios da dignidade da pessoa humana e do acesso à justiça, como forma de materializar o reconhecimento de que o necessitado terá direito à assistência jurídica integral. O exercício da defesa técnica (instrumento do contraditório e da ampla defesa) não se limita ao procurador constituído, justo alcançar todo aquele privado dos seus direitos individuais e coletivos mínimos, como a liberdade de ir e vir.

No âmbito estadual, a defensoria pública encontra-se regulamentada pela Lei Complementar nº 575/2012, cujos arts. 22 e 47, dentre outros deveres e obrigações, delegam aos defensores públicos as seguintes atribuições:

“Art. 22. Aos membros da Defensoria Pública incumbem, sem prejuízo de outras atribuições estabelecidas pelas Constituições Federal, Estadual e por demais diplomas legais, a orientação jurídica e a defesa dos seus assistidos, no âmbito judicial, extrajudicial e administrativo.

§ 1º São atribuições dos Defensores Públicos:

[...]

V - interpor recurso para qualquer grau de jurisdição e promover revisão criminal, quando cabível;

[...]

§ 2º O Defensor Público atuará junto a todos os Juízos de 1º grau de jurisdição, núcleos, órgãos judiciários de 2º grau de jurisdição, instâncias administrativas e Tribunais Superiores.

[...]

Art. 47. São deveres dos membros da Defensoria Pública:

[...]

VII - interpor os recursos cabíveis para qualquer instância ou Tribunal e promover revisão criminal, sempre que encontrar fundamentos na lei, jurisprudência

dência ou prova dos autos, remetendo cópia à Corregedoria-Geral” (sem o grifo no original).

[...]

Estabelecida a necessidade da defensoria pública para garantir a assistência jurídica integral aos necessitados e a sua natureza jurídica de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, não pode ser ignorado que o art. 623 do Código de Processo Penal deve ser interpretado à luz destes conceitos e dos princípios que circundam a dignidade humana (como o direito de liberdade de quem preso injustamente ou por prazo indevido, o acesso à justiça, a assistência jurídica integral, dentre outros).

Tourinho Filho, em tópico dedicado ao estudo da legitimidade para propor a ação revisional, lembra que a norma processual permite que o próprio réu ajuíze a revisão criminal; assim, “se este, sem habilitação técnica, pode fazê-lo, nada obsta que outrem, sem capacidade postulatória, o faça em seu nome” (*in* Processo Penal. 34ª ed., vol. 4, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 715).

Julio Fabbrini Mirabete afirma textualmente que “tratando-se de Assistência Judiciária ou Defensoria Pública, por serem órgãos públicos, é dispensável a outorga de procuração” (*in* Código de Processo Penal Interpretado. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.637).

Guilherme de Souza Nucci, após reconhecer a ilegitimidade do Ministério Público para propor a revisão criminal, reconhece que “em casos extremados, quando o condenado não quiser ingressar com a ação revisional, mas houver flagrante demonstração de erro judiciário, entendemos cabível a nomeação de defensor, pelo juiz, para tutelar os interesses do sentenciado, a quem caberá, então, a propositura da ação. Afinal, do mesmo modo que, durante o processo, é inócua a recusa do réu em receber defensor técnico, do mesmo modo, quando houver erro judiciário, cabe ao Estado providenciar o patrocínio de seus interesses, ainda que a contragosto” (*in* Código de Processo Penal Comentado. 11ª ed., São Paulo: RT, 2012, p. 1.079/1.080).

Atento a todos estes conceitos, o Supremo Tribunal Federal já chancelou a atuação da defensoria pública sem procuração, conforme o seguinte precedente:

“A representação processual pela Defensoria Pública, *in casu*, Defensoria Pública da União, faz-se por defensor público integrante de seu quadro funcio-

nal, independentemente de mandato, ressalvados os casos nos quais a lei exija poderes especiais, consoante dispõe o art. 128, inciso XI, da LC 80/1994” (AI nº 616.896-AgR, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14/06/2011, Segunda Turma).

O Superior Tribunal de Justiça também enfrentou o tema, por via transversa:

“*HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ARTIGOS 121, § 2º, INCISO IV e 73, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). REVISÃO CRIMINAL AJUIZADA POR ADVOGADA DA FUNAP. AUSÊNCIA DE JUNTADA DE PROCURAÇÃO. PETIÇÃO NÃO ASSINADA PELO CONDENADO. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS NA ORIGEM. NECESSIDADE DE DESIGNAÇÃO DE PRAZO PARA A CORREÇÃO DO DEFEITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA EM MENOR EXTENSÃO.*”

1. De acordo com o artigo 623 do Código de Processo Penal, a revisão criminal pode ser requerida pelo próprio réu, por procurador habilitado nos autos, ou, em caso de morte do sentenciado, por seu cônjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos.
2. Na hipótese dos autos, a revisão criminal ajuizada em favor do paciente foi subscreta por advogada da Fundação Professor Doutor Manoel Pedro Pimentel – FUNAP sem habilitação nos autos, não contendo o original da peça a assinatura do condenado, o que a princípio revelaria o descumprimento do dispositivo da legislação processual penal acima mencionado.
4. Isso porque a FUNAP não ostenta a qualidade de órgão público encarregado da prestação de assistência jurídica gratuita, motivo pelo qual os advogados que nela atuam não possuem as mesmas prerrogativas dos membros da Defensoria Pública, devendo, por conseguinte, atuar em juízo mediante a apresentação de procuração. Precedente.
5. Contudo, mesmo que evidenciado, de início, o desrespeito ao preceito contido no artigo 623 do Código de Processo Penal, constata-se que o simples arquivamento da inicial, tal como procedido na origem, não se coaduna com os princípios da ampla defesa e da instrumentalidade das formas.

[...]

8. Ordem concedida apenas para cassar o despacho que determinou o arquivamento da revisão criminal ajuizada em favor do paciente, determinando-se que o Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assinala prazo para que seja regularizada a petição apresentada” (HC nº 189.513/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 11/10/2011 - sem o grifo no original).

“PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. PEDIDO EM CAUSA PRÓPRIA. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 623, DO CPP. APRESENTAÇÃO CONCOMITANTE DE RAZÕES PELA DEFENSORIA PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1 - O art. 623, do CPP autoriza o ajuizamento, pelo próprio condenado, sem intervenção de advogado ou defensor, de revisão criminal. Referido dispositivo, segundo entendimento do STF, secundado por esta Corte, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

2 - Não obstante, o fato de, na espécie, ter sido, concomitantemente, apresentado arrazoado também pela defensoria pública não rende ensejo a constrangimento ilegal, porquanto, em última *ratio*, há apenas reforço de defesa.

3 - Ordem parcialmente concedida” (HC nº 17.680/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, j. em 04/10/2001).

Ainda, e trazendo a atuação da defensoria pública para outros atos praticados no curso da ação penal, se a apelação criminal interposta pelo defensor público deve ser conhecida mesmo com manifestação contrária do próprio acusado, não há como opor qualquer obstáculo ao ajuizamento da revisão criminal sem autorização expressa, pois as suas hipóteses de cabimento são restritas aos casos elencados no art. 621 do Código de Processo Penal. (Revisão Criminal n. 2013.069335-5, de Lages, rel. designado Des. Rodrigo Collaço, j. em 26/2/2014 – grifos no original)

Insta reprimir que a função precípua ou típica da Defensoria Pública, nos termos previstos na Constituição Federal e na Lei Complementar n. 80/94, é a proteção aos hipossuficientes econômicos, prestando assistência jurídica em todas as áreas do Direito, processual ou extraprocessualmente, aos que comprovarem insuficiência de recursos (arts. 5º, LXXIV, e 134, ambos da CF).

Entende-se que a previsão do art. 134 da Constituição Federal não é taxativa, mas, pelo contrário, “*institui uma atribuição mínima compulsória à Defensoria Pública, o que não impede que outras funções de interesse social possam lhe ser conferidas*” (LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Defensoria Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 168).

Além disso, em uma interpretação sistemática e ampliativa dos termos “*insuficiência de recursos*” e “*necessitados*” previstos na Constituição Federal, pode-se entender que todos aqueles que estejam em situação de vulnerabilidade processual precisam da atuação da Defensoria Pública.

No exercício da função típica, a Defensoria Pública, antes de prestar assistência ao requerente, averigua, dentro da independência funcional de cada defensor e das normas internas da instituição, não só a presença do requisito da necessidade econômica como também da vulnerabilidade do apenado, tomando, por conseguinte, todas as providências cabíveis para a efetiva proteção do direito em questão.

Cabe registrar que, no caso dos autos, embora não haja declaração do próprio interessado, a prova da hipossuficiência do requerente pode ser extraída da cópia da sentença condenatória, na qual consta que desde o início da instrução da ação penal foi-lhe nomeado defensor dativo (fl. 13), ou seja, foi beneficiado com a assistência judiciária gratuita.

A propósito, há tempos decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. DEFENSORIA PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PROCURAÇÃO. DESNECESSIDADE. LEI N. 1.060/50, ART. 16.

I. A dispensa de mandato ao Defensor Público prevista no art. 16 da Lei n. 1.060/50 se estende, também, à própria declaração de hipossuficiência da parte.

II. Ausência de prequestionamento das demais questões suscitadas nos autos.

III. Recurso conhecido em parte e provido. (REsp n. 287.688/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 5/3/2001)

Logo, mostra-se dispensável a colheita de anuência expressa em relação à atuação da Defensoria Pública, agindo com acerto, por obrigação de ofício, o ilustre Defensor Público.

Dito isso, o voto é no sentido de conhecer do recurso para dar-lhe provimento.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Carlos Alberto Civinski

PROCESSO PENAL. AGRAVO (§ 1º DO ART. 557 DO CPC) EM REVISÃO CRIMINAL (CPP, ART. 621). REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. AÇÃO AUTÔNOMA DE IMPUGNAÇÃO PROPOSTA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. ATUAÇÃO SUPLETIVA DO ÓRGÃO ESTATAL. EXEGESE DOS VERBETES 707 E 708 DAS SÚMULAS DO STE DIREITO NATURAL DO ACUSADO INDICAR DEFENSOR DE SUA CONFIANÇA. RENÚNCIA AO DIREITO FUNDAMENTAL DEVE SER EXPRESSA. IMPRESCINDIBILIDADE DA ANUÊNCIA DO CONDENADO. PREJUÍZO PRESUMIDO AO REVISIONANDO. IMPOSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DE REVISÃO CRIMINAL POR DEFENSOR CONSTITUÍDO. NÃO CONHECIMENTO.

Divergi da doutra maioria pela razões a seguir expostas.

Discute-se no agravo interno a admissibilidade de revisão criminal interposta pelo Defensor Público sem que existam quaisquer elementos que demonstrem a opção do revisionando abrir mão de constituir defensor.

De início, ressalta-se que ninguém questiona a legitimidade ativa da Defensoria Pública em atuar em favor dos necessitados, pois se estaria violando frontalmente o art. 134 da Constituição Federal.

Questiona-se a aplicação do art. 557 do Código de Processo Civil às revisões criminais.

Não houve qualquer julgamento de mérito, mas simplesmente a negativa de seguimento a ação autônoma de impugnação que, na visão deste magistrado, não preenche os pressupostos de admissibilidade.

A jurisprudência do Colegiado é farta em sentido contrária à tese defendida pelo agravante.

Na Revisão Criminal 2014.027095-4, em 07.08.2014, o eminente Des. Getúlio Corrêa julgou improcedente o mérito da revisão na qual se impugnava a dosimetria.

Na Revisão Criminal 2014.034911-8, em 07.08.2014, o eminente Des. Sérgio Rizelo negou seguimento a revisão criminal por ausência de certidão de trânsito em julgado.

Na Revisão Criminal 2014.040862-5, em 17.06.2014, a eminente Desembargadora Salete Sommariva negou seguimento a revisão criminal por ausência de dialeticidade.

Em 10.07.2014, o eminente Des. Rodrigo Collaço, na revisão criminal 2014.040877-3, negou provimento a revisão criminal por rediscutir a matéria apreciada na apelação criminal.

Em 11.06.2014, o eminente Des. Moacyr Moraes Lima negou seguimento a revisão criminal que repetia os fundamentos de outra anteriormente interposta (Revisão Criminal 2014.004596-6), o mesmo ocorrendo na Revisão Criminal 2014.016612-9, da lavra do eminente Des. Jorge Scheafer Martins em 16.06.2014.

Vê-se que a jurisprudência uniforme da Seção Criminal autoriza a aplicação do art. 557 do Código de Processo Civil analogicamente nas revisões criminais.

O mencionado instituto do *ouerruling* é próprio dos sistemas que adotam a *common law*, nos quais há primazia da jurisprudência em detrimento da lei.

Desnecessário colacionar lições doutrinárias no sentido de que seguimos a tradição romano-germânica que não consagram o instituto mencionado.

Os postulantes ao defender suas respectivas teses jurídicas devem se pautar à luz do ordenamento jurídico vigente em nosso país.

Não se duvida que após a Emenda Constitucional 45 a jurisprudência também passou a ser fonte primária do direito. Todavia, pretender dotar uma decisão majoritária da Seção Criminal desta Corte de efeito vinculante para todos os magistrados ou impor-lhes não apenas o dever de fundamentar suas decisões à luz do art. 93, IX, da Constituição Federal, mas também exigir que fundamentem a superação do precedente carece de juridicidade.

Cabe ressaltar que o realismo de vertente norte-americana não é compatível com a Constituição Federal de 1988 que estabelece a primazia do Legislativo no sistema de freios e contrapesos.

A aventada incoerência constitui matéria metajurídica que não tem o condão de trazer qualquer benefício processual ao assistido, mas tão-somente atacar pessoalmente este relator. Deixo a critério dos meus pares e dos jurisdicionados um juízo de valor a respeito da matéria, pois não é dado valor de si próprio. As decisões judiciais proferidas estão lançadas e facilmente compreensíveis para verificar se aplico dois pesos e duas medidas.

Quanto a matéria de fundo, discute-se a necessidade ou não de algum documento comprobatório.

Verifica-se que é imprescindível instruir a inicial da revisão criminal com algum elemento que indique renúncia do condenado ao direito de constituir advogado particular.

O prejuízo para o condenado caso a presente revisão criminal, do modo que está instruída, é presumido e absoluto, por violar direito fundamental a escolha do seu defensor.

Pensando nisso, o Núcleo Regional Blumenau da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina elaborou formulário no qual o assis-

tido declara ser necessitado além de autorizar o acesso a processos em segredo de justiça, outorgando-lhe ainda poderes especiais.

Isso porque o sistema processual vigente determina que primeiro o cidadão escolhe seu advogado particular e, apenas de forma subsidiária, para efetivar o direito constitucional à ampla defesa, é disponibilizado acesso ao órgão de assistência judiciária.

Nesse sentido, a inteligência dos verbetes 707 e 708 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal que assim dispõem, respectivamente:

707. Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo.

708. É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro.

A atuação da Defensoria Pública não basta por si só para concretizar os direitos constitucionais do cidadão acusado da prática de infração penal.

É direito natural inerente ao ser humano escolher o defensor que reputar mais adequado. Caso não tenha condições financeiras, poderá socorrer-se da assistência judiciária estatal.

A jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal deixa claro que o Poder Judiciário não pode tolher esse direito do cidadão, ainda que ele esteja devidamente representado e assistido pela Defensoria Pública.

O controle do atendimento ao direito natural da escolha do defensor é efetuado indubitavelmente através de qualquer documento ou manifestação de aquiescência ao trabalho do procurador constituído, seja advogado ou defensor público.

Bastaria que a Defensora Pública colha a assinatura do revisionando na inicial ou outro documento indicativo que o cidadão abriu mão da escolha de advogado particular para a deflagração da ação revisional.

Caso a presente ação revisional seja indeferida poderá o revisiionando propor outra idêntica com o mesmo objeto, patrocinada por advogado particular?

É reiterada a jurisprudência da Corte no sentido que não se conhece revisão criminal quando houver reiteração de pedido.

A renúncia ao direito fundamental, por constituir limitação a dignidade da pessoa humana deverá ocorrer sempre de forma expressa. Ou seja, renunciar ao direito de escolha do defensor para se valer dos serviços jurídicos prestados pelo Estado exigiria, a meu sentir, alguma manifestação inequívoca de vontade do revisiionando ante as repercussões jurídicas que da sua escolha poderão advir.

Não se questiona a legitimidade da Defensoria Pública para propor a revisão criminal, nem se exige a outorga formal de procuração, que também é dispensada dos membros da Advocacia-Geral da União, Procuradorias Federais e Procuradores do Estado. Em relação a estes, o constituinte é sempre o mesmo, qual seja, o Estado.

Entretanto, em relação aos cidadãos, o Supremo Tribunal Federal reconhece como direito fundamental a escolha do defensor, de modo que a presente inicial e os respectivos documentos que a acompanham não demonstram a opção efetuada pelo revisiionando.

A jurisprudência da Suprema Corte é inequívoca ao fulminar com nulidade a usurpação desse direito do cidadão, ainda que o magistrado nomeie qualificado Defensor Público, aprovado em concurso de provas e títulos, que apresente defesa técnica altamente qualificada.

Os precedentes que ensejaram a edição dos verbetes das Súmulas 707 e 708 referem-se tanto a processos que prosseguiram sem que outro defensor fosse indicado, como aos casos em que foi aberta vista diretamente à Defensoria Pública.

O princípio é um só, a saber: o direito de escolha do cidadão. Admitir a renúncia tácita deste direito implica em prejuízo presumido pela jurisprudência ao réu em processo criminal, o que se estende aos revisionandos.

Nas revisões criminais desta natureza, para evitar que qualquer cidadão menos esclarecido seja tolhido de reiterar ação da mesma natureza por advogado constituído, considero imprescindível qualquer manifestação expressa do revisionando aquiescendo com a atuação do Defensor Público.

A invocação de presunção de miserabilidade do indivíduo preso não impressiona. Pelo contrário, reforça a convicção, a meu ver equivocada, que apenas pessoas pobres são condenadas criminalmente no país.

É cediço que a maior parte das pessoas no cárcere não compõe classe social elevada, mas a realização de justiça social deve ser feita com a modificação das leis, através do foro próprio que é o Parlamento.

Não cabe ao Poder Judiciário utilizar-se de argumentos meta-jurídicos para retirar a eficácia social das normas penais que são cogentes.

A douta maioria, ao consagrar uma presunção de miserabilidade do réu preso, faz tábula rasa o disposto no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal que assim estabelece:

Art. 5º. LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

De acordo com a Lei 1.060/1950, para a concessão do benefício da justiça gratuita basta a simples declaração de próprio punho.

O entendimento ora defendido afasta inclusive a necessidade de qualquer formulário para o atendimento e propositura de ação em favor do assistido.

Ressalto, como aparelhar eventual ressarcimento proposto pelo Estado? A Defensoria Pública não deve, quando instada, demonstrar os

pressupostos de atuação constitucional? Por um acaso, o Ministério Público não deve demonstrar a legitimidade para a atuação nos casos de interesses individuais homogêneos?

Diz-se, então, que a Defensoria Pública pode atuar e propor ações sem qualquer lastro do atendimento realizado porque a Lei Complementar 575/2012, do Estado de Santa Catarina atribui legitimidade ativa para propositura de ações.

Deve-se respeitar o entendimento majoritário, disso não se discute, em atenção ao princípio democrático. Porém, ainda guardo uma inquietação, poderá o Defensor Público ter acesso aos autos que tramitam em segredo de justiça, sem qualquer autorização do réu/revisionando?

A simples previsão dos artigos 22 e 47 da Lei Complementar 575/2012 será suficiente para tal mister?

Penso que a limitação de direitos fundamentais como a privacidade (CF, art. 5º, V e X) não podem ser relativizados sem que exista uma colisão com princípio fundamental de maior peso.

A legitimidade ativa para propositura de ações insere-se no plano abstrato, no sentido de que a atuação no caso específico dependerá do interesse do cidadão que aciona a Defensoria Pública.

Não se pode admitir que, em revisões criminais relacionadas a processos que tramitaram em segredo de justiça, seja franqueado acesso aos autos sem autorização do seu maior interessado, o próprio revisionando.

O servidor público que se descurar desse dever legal incorrerá em infração disciplinar, por inobservar regras expressas, como o art. 40, I, do Código de Processo Civil.

Não há qualquer prejuízo à celeridade processual impor-se a juntada de qualquer documento, pois dificilmente a Defensoria Pública atuará em processo sem que tenha tido contato pessoal com o acusado/réu/revisionando.

Ademais, a Lei de Execução Penal dispõe que deve existir estruturação física da Defensoria dentro dos estabelecimentos prisionais e os defensores públicos têm o dever de efetuar visitas periódicas às unidades:

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

Art. 81-B. Incumbe, ainda, à Defensoria Pública:

Parágrafo único. O órgão da Defensoria Pública visitará periodicamente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio.

Como o rito procedimental da revisão criminal não admite emenda da inicial entendo que o caso é de não conhecimento da revisão criminal.

Por tais razões, votei no sentido de que não há qualquer ilegalidade na decisão que negou seguimento a revisão criminal.

Florianópolis, 8 de setembro de 2014.

Carlos Alberto Cívinski
Desembargador

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Roberto Lucas Pacheco

Ementa Aditiva

REVISÃO CRIMINAL. NATUREZA JURÍDICA. AÇÃO PENAL CONSTITUTIVA. EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. PROPOSTURA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. EXPRESSA ANUÊNCIA DO APENADO. AUSÊNCIA. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. “A classificação das ações sob forma tripartida (ação de conhecimento, ação executiva e ação cautelar) não é monopólio do Direito Processual Civil, visto que decorre da Teoria Geral do Processo, aplicando-se, portanto, ao Direito Processual Penal” (José Frederico Marques).

“Muito embora arrolada pelo legislador como recurso, a revisão criminal, na verdade, não passa de mera ação penal de conhecimento de natureza constitutiva” (Fernando da Costa Tourinho Filho).

O manejo da revisão criminal não configura exercício do direito de defesa do condenado, mas verdadeiro exercício do direito de ação. Nela, a posição processual do condenado “não é a de réu, e sim a de autor” (José Frederico Marques).

2. “Denomina-se *ação* o direito (ou poder) de ativar os órgãos jurisdicionais, visando à satisfação de uma pretensão” (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes).

“A invocação da tutela jurisdicional é um direito estritamente individual”, de modo “que a defesa dos interesses próprios fica à livre iniciativa do seu titular” (Celso Agrícola Barbi).

“Ninguém pode ser obrigado a demandar contra sua própria vontade” (Cândido Rangel Dinamarco).

Conquanto o titular do direito (ou poder) de ação não tenha – em regra – capacidade postulatória, seu desejo de pleitear em juízo deve ser expresso.

3. “A revisão não é uma ação popular, como o *habeas corpus*, e estando vivo o sentenciado não pode pessoa estranha firmar a petição, nem mesmo sendo pessoa da família” (Julio Fabbrini Mirabete).

“Pode a defensoria pública requerer revisão quando nomeada ou legitimada pela vontade do réu” (STJ, *Habeas Corpus* n. 13.118, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. em 19.2.2001). Basta, para tanto, colher a assinatura do apenado, eis que desnecessária a formalização de instrumento de procuração.

4. Ausente a expressa anuência do apenado em ver rescindida a sentença e não regularizada a situação no prazo concedido para a emenda da petição inicial, deve ser extinto o processo sem exame do mérito.

1. Dissenti da maioria por entender que a ação revisional carecia de condição de procedibilidade. Explico.

Como é cediço, “a revisão criminal não é recurso, e sim ação penal (ação penal constitutiva), funcionando como o equivalente penal da ação rescisória civil” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito*

processual penal. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. v. 1. p. 383). Números são os doutrinadores que corroboram a assertiva (MIRABETE, Julio Fabbrini, *Código de processo penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1.607; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 750; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1.080). A respeito do tema, leciona Fernando da Costa Tourinho Filho:

Muito embora arrolada pelo legislador como recurso, a revisão criminal, na verdade, não passa de mera ação penal de conhecimento de natureza constitutiva. Até aqueles que não admitem seja trasladada para o Processo Penal a moderna classificação das ações do Processo Civil (condenatória, declaratória, constitutiva, cautelar e executória), quando analisam a revisão criminal, afirmam, como Alcalá-Zamora: “su efecto es manifestamente constitutivo” (*Derecho procesal penal*, t. 2. p. 70, n. 8), mesmo porque sua finalidade é desfazer uma sentença condenatória com trânsito em julgado.

[...]

Pontes de Miranda, a propósito, faz estas considerações: o que caracteriza o recurso é ser impugnativo dentro da mesma relação processual... A rescisória e a revisão criminal não são recursos. São ações contra sentença, porquanto remédios com que se instaura outra relação jurídico-processual... (*Tratado das ações rescisórias, das sentenças e de outras decisões*, § 5.º) (*Código de processo penal comentado*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. p. 458).

Com ele consoam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

Erroneamente rotulada entre os recursos pelo Código, que seguiu a tradição, a revisão criminal, entre nós, é indubitavelmente ação autônoma impugnativa da sentença passado em julgado, de competência originária dos tribunais. A relação processual atinente à ação condenatória já se encerrou e pela via da revisão instaura-se nova relação processual, visando desconstituir a sentença (juízo rescindente ou revidente) e substituí-la por outra (juízo rescisório ou revisório) (*Recursos no processo penal*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 239).

Assim como os citados autores, também Denilson Feitoza Pacheco destaca que a revisão criminal, tendo natureza jurídica de ação autônoma, “faz com que nasça nova relação processual” (*Direito processual penal*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2006. p. 897).

Quem, contudo, melhor elucida a matéria é José Frederico Marques. O autor apresenta detalhado estudo sobre a natureza jurídica da revisão criminal, partindo dos fundamentos do próprio direito de ação. Destaco excertos de sua lição que reputo imprescindíveis para a completa compreensão da *quaestio*:

A ação penal é o direito de agir exercido perante os juízes e tribunais da justiça criminal.

Sua natureza jurídica em nada difere do direito de ação que se exercita no juízo civil. Do ponto de vista processual, ação civil e ação penal só se diversificam *ratione materiae*, uma vez que apresentam as mesmas linhas conceituais e idênticos caracteres jurídicos.

[...]

Sabido é, porém, que a ação, no Direito Processual Civil, como *jus ut procedatur*, ou direito instrumental, pode ser *de conhecimento, cautelar e executiva* em sentido lato. A ação de conhecimento, por seu turno, divide-se em ação declaratória, ação constitutiva e ação condenatória. Será adaptável esse esquema à ação penal?

Sem dúvida que sim, muito embora ainda se não tenha formulado, de maneira segura, uma classificação das ações penais.

[...]

Para sistematização segura do assunto, é preciso não transformar em modalidades de ação penal simples incidentes processuais nascidos no curso da relação processual. Só se pode falar em ação quando, com o pedido, instaurar-se uma relação processual. [...] Se, com o pedido, instaurar-se uma nova instância, esse pedido será manifestação do exercício do direito de agir.

[...]

A classificação das ações sob forma tripartida (ação de conhecimento, ação executiva e ação cautelar) não é monopólio do Direito Processual Civil, visto que decorre da Teoria Geral do Processo, aplicando-se, portanto, ao Direito Processual Penal, e isso pela simples razão de que, neste, também existe um processo de conhecimento, ao lado do processo de execução e do processo cautelar.

E, como aquela tríplice classificação do *jus actionis* deriva deste, como *jus ut procedatur*, motivo não há para se não adotar tal agrupamento na ação penal.

A ação penal de conhecimento é aquela em que a prestação jurisdicional consiste numa decisão sobre situação jurídica disciplinada pelo Direito Penal. A ação penal de que trata o Código Penal [...] é uma ação de conhecimento de caráter condenatório. Todavia, pode haver ações dessa natureza, no processo penal, coordenadas a uma pretensão decorrente do direito de liberdade. É o que sucede na revisão criminal e em alguns casos de *habeas corpus*.

[...]

A ação penal de conhecimento pode ser *declaratória, constitutiva e condenatória*.

[...]

Ação penal constitutiva é aquela destinada a criar, extinguir ou modificar uma situação jurídica sob a regulamentação do direito penal material ou formal. O art. 789 do Código de Processo Penal trata de uma ação penal constitutiva, que é o pedido de homologação de sentença estrangeira. O mesmo sucede com o pedido de extradição passiva e com o de revisão criminal (*Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000. v. 1. p. 344 e 359-362).

Em apertada síntese: o manejo da revisão criminal não configura exercício do direito de defesa do condenado, mas verdadeiro exercício do direito de ação; “sua posição processual não é a de réu, e sim a de autor” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. v. 1. p. 397).

2. De acordo com a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, “denomina-se

ação o direito (ou poder) de ativar os órgãos jurisdicionais, visando à satisfação de uma pretensão” (*Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 66). Trata-se, em última análise, do direito de provocar o exercício da jurisdição.

Ocorre que a jurisdição, como bem se sabe, é inerte. Ou seja, “independentemente da natureza do direito discutido, persiste a necessidade de iniciativa da parte para dar início ao processo” (DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Salvador: Jus Podium, 2013. v. 1. p. 87). Tal atributo é reflexo do princípio da disponibilidade. A respeito do tema, colho o ensinamento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

Chama-se poder dispositivo a liberdade que as pessoas têm de exercer ou não seus direitos. Em direito processual tal poder é configurado pela possibilidade de apresentar ou não sua pretensão em juízo, bem como de apresentá-la da maneira que melhor lhes aprouver e renunciar a ela (desistir *da ação*) ou a certas situações processuais. Trata-se do *princípio da disponibilidade processual* (*Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 69).

Como destaca Cândido Rangel Dinamarco, é “sempre franqueada aos próprios interessados a mais ampla liberdade de agir, sendo exclusivamente seu o juízo sobre a conveniência e oportunidade da instauração do processo em busca da tutela jurisdicional” (*Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1. p. 238). Com ele consoa Celso Agrícola Barbi, para quem “a invocação da tutela jurisdicional é um direito estritamente individual”, de modo “que a defesa dos interesses próprios fica à livre iniciativa do seu titular” (*Comentários ao código de processo civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. p. 7).

Todo esse viés teórico ao redor da disponibilidade do direito de ação foi expressamente consagrado no art. 6.º do Código de Processo Civil: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Em seus comentários ao citado dispositivo, anota Pontes de Miranda:

O que em verdade nele se estatui é que, de regra, só o titular do direito, pretensão ou ação (portanto, o legitimado no campo do direito material), é que pode exercer a pretensão à tutela jurídica e suscitar o remédio jurídico processual (*Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1. p. 186).

Com maior profundidade, leciona Celso Agrícola Barbi:

A regra é correta, porque, na verdade, é mais conveniente que o legislador deixe a cada pessoa a iniciativa de reclamar em juízo os seus direitos. O titular de um direito é que melhor sabe se lhe convém reclamá-lo e o momento que em que deve fazê-lo (*Comentários ao código de processo civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. p. 71).

A meu sentir, porém, foi Cândido Rangel Dinamarco quem conseguiu sintetizar todo esse ensinamento em uma simples e direta afirmação: “Ninguém pode ser obrigado a demandar contra sua própria vontade” (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 2. p. 357).

Sendo assim, conquanto o titular do direito (ou poder) de ação não tenha – em regra – capacidade postulatória, seu desejo de pleitear em juízo deve ser expresso.

3. Não se olvide que o titular do interesse de ver rescindida a sentença é o próprio condenado. Somente a ele cabe o juízo de conveniência e oportunidade acerca do exercício do direito de ação. Eis porque sua anuência com o pedido deve ser expressa, inequívoca, seja este intentado por procurador constituído ou mesmo pela Defensoria Pública. Como bem assentado por Julio Fabbrini Mirabete, “a revisão não é uma ação popular, como o *habeas corpus*, e estando vivo o sentenciado não pode pessoa estranha firmar a petição, nem mesmo sendo pessoa da família” (*Código de processo penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1.634). Se o signatário da petição inicial protocolizar o pedido sem tal formalidade estará, em última análise, pleiteando em nome próprio direito alheio.

Ao ajuizar a revisão criminal, não está a Defensoria Pública garantindo o direito (indisponível) de defesa do acusado, mas propiciando-lhe o exercício do direito de ação (este, por sua vez, estritamente individual e disponível). Ocorre que a Defensoria Pública, conquanto imbuída da missão constitucional de orientação jurídica e defesa dos necessitados (CF, art. 132), não é substituta processual dos seus beneficiários. Mesmo sendo desnecessário (até mesmo inaplicável) o instrumento de procuração, a anuência do titular do direito individual defendido é imprescindível à provocação da jurisdição.

Precedente do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, afirma que “pode a defensoria pública requerer revisão quando nomeada ou legitimada pela vontade do réu” (**Habeas Corpus** n. 13.118, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. em 19.2.2001).

No caso em análise, pois, bastaria que fosse colhida a assinatura do apenado, quiçá na própria petição inicial.

Note-se que o ajuizamento da revisão criminal à revelia do titular do interesse em questão pode causar-lhe grande prejuízo. Isso porque, conhecido e julgado improcedente o pedido, não poderá o apenado, por procurador constituído, formular nova pretensão, dada a expressa vedação legal (CPP, art. 622, parágrafo único). E mais, se antes do julgamento da revisão criminal, outra for ajuizada pelo próprio apenado, representado por procurador de sua confiança, deverá ser extinta sem apreciação do mérito, dada a inegável litispendência.

Ademais, a concordância da parte interessada não é exigência exclusiva do processo penal; antes se mostra de larga ocorrência nos deslindes civis. Ou por acaso aceita-se que a Defensoria Pública ajuíze pedido de divórcio de cidadãos carentes sem consultá-los? Ou mesmo uma ação de reintegração de posse em favor de hipossuficiente esbulhado, sem sua anuência? E até mesmo a usucapião para possuidor de um lote mínimo,

sem seu expreso desejo, tão somente por afigurar-se este como necessitado? Evidentemente que não.

4. À vista do exposto, ousei divergir da douta maioria por entender que o pedido deveria ser julgado extinto sem análise do mérito (CPC, art. 267, I).

Florianópolis, 12 de setembro de 2014.

Roberto Lucas Pacheco
DESEMBARGADOR

Revisão Criminal n. 2014.048526-3, de Lages

Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco

REVISÃO CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CÓDIGO PENAL, ART. 214, *CAPUT*, COMBINADO COM O ART. 224, “A”. CONDENAÇÃO.

INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO ART. 600, § 4.º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADVOGADO CONSTITUÍDO. TRANSCURSO DO PRAZO *IN ALBIS*. APELAÇÃO CRIMINAL JULGADA SEM A APRESENTAÇÃO DE RAZÕES (CPP, ART. 601). CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO. NULDADE ABSOLUTA. PRECEDENTES.

1. Não tem lugar a aplicação literal do art. 601 do Código de Processo Penal, mormente quando dissociada dos princípios que regem o ordenamento jurídico, em especial aqueles assegurados constitucionalmente, a exemplo do devido processo legal e seus corolários (ampla defesa e contraditório).
2. “Tendo o réu manifestado pessoalmente o desejo de recorrer da sentença condenatória, deve ser suprida a sua falta de capacidade postulatória, com a apresentação de razões por advogado. Havendo advogado constituído, se este permanece inerte, deve ser o acusado intimado para constituir novo defensor, e, não o fazendo, deve-se-lhe nomear defensor dativo para tanto” (STJ, HC n. 71.054/SC, rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 10.12.2007).
3. O julgamento de recurso defensivo sem apresentação das respectivas razões encerra evidente cerceamento de defesa, autorizando a anulação do feito.

PEDIDO REVISIONAL PROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 2014.048526-3, da comarca de Lages (1ª Vara Criminal), em que é requerente R. S.:

A Seção Criminal decidiu, por votação unânime, julgar procedente o pedido revisional para anular o julgamento da Apelação Criminal n. 2012.088906-3, com intimação do subscritor da presente revisão criminal para, no prazo legal, apresentar as razões recursais, seguindo o feito seus ulteriores termos. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 29 de outubro de 2014, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Jorge Schaefer Martins, Getúlio Corrêa, Paulo Roberto Sartorato, Carlos Alberto Civinski, Rodrigo Collaço, Sérgio Rizelo, Ernani Guetten de Almeida e o Exmo. Sr. Des. Subst. Volnei Celso Tomazini. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Norival Acácio Engel.

Florianópolis, 30 de outubro de 2014.

Roberto Lucas Pacheco
RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Lages, o Ministério Público ofereceu denúncia contra R. S, imputando-lhe a prática da conduta descrita no art. 214, *caput*, combinado com o art. 224, “a”, ambos do Código Penal, pelos fatos assim narrados na peça acusatória (fls. 3-5 dos autos em anexo – *ipsis litteris*):

Em data e horário incerto, no ano de 2005, o denunciado R. S. dirigiu-se até a residência de O. A., localizada neste Município, na Rua (...), tendo sua entrada autorizada por esta, como de costume, eis que o mesmo era conhecido da proprietária.

Neste momento, alojou-se na sala, juntamente com a menor J. A. S., moradora do local, enquanto O. permaneceu em outro cômodo da casa (quarto).

Aproveitando-se da ausência desta, o denunciado foi até o banheiro, abriu o zíper da calça e mostrou o pênis para J., sendo que após deixou as dependências do imóvel.

Decorridos alguns dias, em data de 16 de maio de 2005, por volta das 17:30 horas, nas mesmas circunstâncias e local, o denunciado obrigou a vítima a sentar-se em seu colo, no sofá da sala e, em ato contínuo, tapou sua boca e levantou sua blusa, passando a sugar seus seios.

Merece ser frisado que a vítima, nascida em 17.11.1995, contava com apenas nove anos de idade na data dos fatos.

Concluída a instrução, o denunciado foi condenado à pena de 6 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática da conduta descrita no art. 214, *caput*, combinado com o art. 224, “a”, ambos do Código Penal (fls. 319-329).

Reformada parcialmente a sentença pela Segunda Câmara Criminal (fls. 371-378) e transitado em julgado o acórdão (fl. 381), o apenado ajuizou a presente revisão criminal, com fundamento no art. 621, I, do Código de Processo Penal, aduzindo, em síntese, que: a) ao ser intimado pessoalmente da sentença, manifestou expressamente seu desejo de recorrer, razão pela qual seu defensor constituído à época pugnou pela apresentação das razões na instância superior; b) intimado para os fins do art. 600, § 4.º, do Código de Processo Penal, o advogado deixou transcorrer o prazo *in al-bis*; c) não tomou conhecimento da inércia de seu causídico, porquanto não foi intimado para constituir novo; também não lhe foi nomeado defensor para suprir a falta; d) o recurso foi julgado sem a apresentação das razões recursais, em flagrante ofensa ao princípio da ampla defesa.

Por tais fundamentos, requereu a concessão de liminar para suspender o cumprimento do mandado de prisão expedido em seu desfavor, até o julgamento final da revisão e, no mérito, a procedência do pedido, declarando-se a nulidade do julgamento da Apelação Criminal n. 2012.088906-3, com a conseqüente reabertura de prazo para a defesa apresentar as razões de recurso.

A liminar foi concedida pela decisão de fls. 17-19.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Hélio José Fiamoncini, que opinou pela procedência do pedido (fls. 26-29).

É o relatório.

VOTO

1. Sobre o cabimento de revisão criminal com fundamento na contrariedade ao texto da lei (CPP, art. 621, I), leciona Eugênio Pacelli de Oliveira:

Contrariedade ao texto de lei, enquanto fundamento da ação, é, portanto, em regra, a reabertura da discussão quanto à mais adequada interpretação do Direito, em atenção às peculiaridades do caso concreto. A amplitude de tal via dependerá da demonstração do grau de alteração da hermenêutica sobre o tema. Poderá, ainda, tratar-se de alegação de contrariedade ao texto de lei, na hipótese de necessidade de alteração do Direito Penal aplicado, no que concerne à correta dosimetria da pena, à classificação correta do tipo penal ao fato imputado e reconhecido na decisão, ou a qualquer outra circunstância que tenha influência na fixação da pena. A contrariedade aqui será ainda acerca da questão de direito (e não de provas), ainda que sobre os fatos (*Curso de direito penal*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 916).

Com maior ênfase, destaca Fernando da Costa Tourinho Filho que, “se a decisão não afrontar o texto da lei, descabe a revisão com fulcro na primeira parte do inciso I” (*Código de processo penal comentado*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2. p. 434).

No caso dos autos, o pleito revisional se funda na alegada ofensa ao princípio da ampla defesa, preconizado no art. 5.º, LV, da Constituição Federal, razão pela qual cabível a presente revisão criminal.

2. Como já mencionado anteriormente, o apontado cerceamento de defesa decorreu do julgamento do recurso de apelação criminal mesmo sem a apresentação das razões recursais pela defesa.

Na ocasião, o relator do recurso, após constatar a inércia do defensor constituído, no pertinente à apresentação das razões recursais, consignou, com amparo no art. 601 do Código de Processo Penal, que “a ausência da apresentação das razões recusais pelo defensor constituído não implica qualquer nulidade, ainda mais na hipótese em que caberá ao Tribunal visitar toda a matéria de fundo” (fl. 346).

Não se olvida que o posicionamento adotado pelo desembargador relator encontra eco em boa parte da doutrina e da jurisprudência.

Contudo, embora o art. 601 do Código de Processo Penal, disponha que “findos os prazos para razões, os autos serão remetidos à instância superior, com as razões ou sem elas, no prazo de 5 (cinco) dias”, filio-me à corrente que entende não ter cabimento a aplicação literal de tal dispositivo, mormente quando dissociada dos princípios que regem o ordenamento jurídico, em especial aqueles assegurados constitucionalmente, a exemplo do devido processo legal e seus corolários (ampla defesa e contraditório).

Ada Pellegrini Grinover, *et al.*, lembra que “a ampla defesa compreende o direito ao recurso em sua inteireza, sobretudo quando se trata de garantir o segundo grau de jurisdição”, razão pela qual a “falta de razões [...] esvazia o direito à apelação da sentença condenatória, sacrificando o contraditório e deixando o réu na situação de indefeso” (*As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 226).

Também Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna, discorrendo sobre o princípio da ampla defesa, enfocam a questão da ausência de razões do recurso da defesa:

Contudo, referido entendimento não pode prevalecer, por configurar patente afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Inicialmente, deve ser lembrado que existem no processo penal recursos de fundamentação livre e vinculada. Nos primeiros, é evidente que a defesa estará sacrificada quando o recurso estiver desprovido de suas razões. Nem se alegue que o tribunal poderá conhecer de toda a matéria, pois, em termos reais – e práticos, isso raramente ocorrerá, já que é justamente nas razões recursais que a defesa técnica exterioriza com precisão o objeto de seu recurso.

Dessa forma, a solução compatível com a Constituição Federal para a falta de razões da defesa é o juiz intimar o acusado para que tome ciência da inércia de seu advogado e constitua outro para o oferecimento. Sendo defensor dati-

vo, o juiz deverá substituí-lo. Havendo inércia do acusado, o juiz, ainda em observância ao princípio da ampla defesa, e recordando que não pode haver acusação sem defesa técnica, deverá nomear defensor para o ato (*ad hoc*). Não se diga que tal solução conflita com o princípio da duração razoável do processo, haja vista que esse, no caso presente, deverá ceder espaço para o princípio da ampla defesa.

Assim, aceitar o recurso do réu sem as razões é se conformar com uma defesa meramente formal, e não uma defesa verdadeiramente real. Ademais, a própria sistemática do CPP exige atualmente que as manifestações da defesa sejam sempre feitas de forma fundamentada, como não deixa dúvida o art. 261, parágrafo único. Ora, a fundamentação de um recurso se encontra verdadeiramente nas suas razões, pois a petição de interposição diz muito pouco, ou quase nada (*Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 196-197).

Dessarte, afigura-se evidente que, ao ter seu recurso julgado sem a apresentação de razões pela defesa técnica, o requerente foi cerceado em seu direito pleno de defesa, impondo-se seja anulado o julgamento da apelação interposta contra a sentença condenatória.

Em julgados recentes, envolvendo questão similar, as Cortes Superiores assentaram:

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Alegação de nulidade processual. Ausência de intimação do advogado legalmente constituído para apresentar as razões do recurso em sentido estrito. 3. Cerceamento de defesa. Violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Ocorrência. Prejuízo inequívoco. 4. Recurso provido para que o recorrente seja devidamente intimado e tenha a oportunidade de apresentar suas razões ao recurso em sentido estrito (Supremo Tribunal Federal, RHC n. 117608, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 8.4.2014)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ADVOGADO CONSTITUÍDO DEVIDAMENTE INTIMADO. INÉRCIA NA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS. NECESSIDADE DA PRÉVIA INTIMAÇÃO DO RÉU PARA CONSTITUIR NOVO PATRONO. FALTA DE NOMEA-

ÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO OU DATIVO PARA SUPRIR A FALTA. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO. PRECEDENTES. ACÓRDÃO DA APELAÇÃO ANULADO. [...].

1. Tendo o réu manifestado pessoalmente o desejo de recorrer da sentença condenatória, deve ser suprida a sua falta de capacidade postulatória, com a apresentação de razões por advogado. Havendo advogado constituído, se este permanece inerte, deve ser o acusado intimado para constituir novo defensor, e, não o fazendo, deve-se-lhe nomear defensor dativo para tanto (HC n. 71.054/SC, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 10/12/2007).

2. Interposta a apelação, cumpre ser arrazoada em 1a. ou 2a. instâncias (não se confunde com a sustentação oral). Exigência do “due process of law” (Const. art. 5., LV) - Resp n. 88.194/GO, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 9/6/1997.

3. É nulo o julgamento sem que o recurso tenha sido arrazoado (HC n. 39.678/RS, Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, DJe 2/6/2005).

4. Numa interpretação histórico-evolutiva não é de se aceitar, hoje em dia, a aplicação literal do disposto no art. 601 do CPP, que cerceando o direito do réu, se apresenta fora do contexto processual penal, quer constitucional quer infraconstitucional (Resp n. 125.680/RS, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 13/10/1998).

5. Há respaldo jurisprudencial para a conclusão de ocorrência de nulidade absoluta no caso, o que autoriza a concessão da ordem, até mesmo de ofício, se se entendesse pela falta de cabimento do habeas corpus.

[...] (Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 179.776/ES, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 13.5.2014).

3. À vista do exposto, deve-se julgar procedente o pedido revisional para anular o julgamento da Apelação Criminal n. 2012.088906-3, com intimação do subscritor da presente revisão criminal para, no prazo legal, apresentar as razões recursais, seguindo o feito seus ulteriores termos.

É como voto.

Embargos Infringentes n. 2014.058725-1, da Capital

Relator: Des. Carlos Alberto Civinski

PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES PARCIAIS (CPP, ART. 609, PARÁGRAFO ÚNICO). CRIME DE ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO (CP, ART. 157, § 2º, I E II). DIVERGÊNCIA EM RELAÇÃO À INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO EMPREGO DA ARMA DE FOGO. ARTEFATO APREENDIDO, PORÉM DESMUNICIADO. IRRELEVÂNCIA. POTENCIAL LESIVO DO INSTRUMENTO QUE SE ENCONTRA *IN RE IPSA*. PRECEDENTES DA PRIMEIRA E SEGUNDA TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACÓRDÃO MANTIDO.

- Para a caracterização da circunstanciadora do emprego de arma de fogo é irrelevante que esta esteja desmuniada, mormente por se tratar de instrumento cuja potencialidade lesiva se encontra *in re ipsa*. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.
- Parecer da PGJ pelo conhecimento e não provimento do recurso.
- Recurso conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2014.058725-1, da comarca da Capital (4ª Vara Criminal), em que é embargante Manuel Augusto Fernandez, e embargado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Seção Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer dos embargos infringentes e negar-lhes provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Desembargador Rui Fortes, com voto, e dele participaram os Desembargadores Rodrigo Collaço, Sérgio Rizelo, Ernani Guetten de Almeida, Volnei Cel-

so Tomazini, Jorge Schaefer Martins, Marli Mosimann Vargas, Roberto Lucas Pacheco, Getúlio Corrêa e Paulo Roberto Sartorato.

Florianópolis, 29 de outubro de 2014.

Carlos Alberto Civinski
RELATOR

RELATÓRIO

Recurso: Trata-se de embargos infringentes opostos por Manuel Augusto Fernandez, com fulcro no parágrafo único do art. 609 do Código de Processo Penal, contra acórdão lavrado nos autos da Apelação Criminal 2013.063149-6, pela Terceira Câmara Criminal deste Tribunal, de relatoria do Des. Leopoldo Augusto Brüggemann (fls. 723-750).

Acórdão impugnado: A Terceira Câmara Criminal negou provimento aos recursos da defesa e, por maioria de votos, deu provimento parcial ao apelo do Ministério Público para reconduzir as penas intermediárias ao mínimo legal, nos termos do enunciado 231 da Súmula de jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, e para reconhecer a incidência da causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal e, ainda, para aplicar a regra do concurso formal de crimes, em razão da violação de três patrimônios distintos, readequando-se as reprimendas e os regimes de cumprimento das penas. Vencido o relator, Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, que votou pelo parcial provimento do recurso interposto pelo Ministério Público, afastando a incidência da majorante do emprego de arma, uma vez que o artefato utilizado pelos agentes estava desmuniado.

Razões dos embargos infringentes: O embargante sustentou às fls. 795-814:

a) o emprego de arma não municada no crime de roubo corresponde à grave ameaça prevista no tipo do art. 157, *caput*, do Código Pe-

nal, pelo que é insuficiente para ensejar a incidência da majorante prevista no § 2º, I, do aludido dispositivo de lei;

b) com efeito, ausente a potencialidade lesiva do instrumento, deve-se afastar a incidência da majorante relativa ao emprego de arma.

Requeru o conhecimento e provimento do recurso para que seja afastada a causa especial de aumento de pena correspondente ao emprego de arma.

Admissibilidade do recurso: preenchidos os requisitos de admissibilidade houve a admissão do recurso (fls. 817-818).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça: o Procurador de Justiça Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 821-823).

Este é o relatório.

VOTO

A controvérsia restringe-se unicamente à matéria de direito, qual seja, se a arma de fogo desmuniada empregada em crime de roubo caracteriza a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

Compulsando os autos, verifica-se que os agentes, dentre eles o embargante Manuel Augusto Fernandez, empregaram um revólver da marca Taurus, calibre .32, com numeração raspada, para constranger as quatro vítimas dos crimes de roubo por eles praticados a entregar os seus pertences.

Cumprе destacar que não há discussão acerca do emprego da arma de fogo no delito em comento, pois há vasto conjunto probatório nesse sentido, seja pela confissão judicial dos comparsas do embargante, seja pela apreensão do artefato pelos policiais militares logo após a prática do delito (fl. 49).

Da mesma forma, ficou assente no processado que a arma de fogo estava desmuniada, porém é apta para a realização de disparos, conforme se extrai do laudo pericial de fls. 354-359.

Em que pesem os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido contrário, em especial do Superior Tribunal de Justiça, entendendo que o emprego de arma de fogo desmuniada é suficiente para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

Isso porque, conquanto não possa realizar disparos por impossibilidade circunstancial do objeto, o uso do artefato foi eficaz para reduzir a capacidade de resistência das vítimas, as quais desconheciam aquela circunstância. Em outras palavras, o simples emprego da arma de fogo, ainda que desmuniada, é capaz de intimidar sobremaneira a vítima, a fim de lhe causar temor. Veja-se que está presente o caráter intimidativo do artefato.

Oportuno destacar, outrossim, que não basta que o agente porte a arma de fogo na cintura ou no bolso, e dela não fazer uso. Mister se faz que o agente, na realização da conduta típica, tenha empregado a arma, o que significa que ela tenha sido efetivamente utilizada, manuseada diante da vítima, representando, assim, iminente perigo para a sua integridade física.

Neste sentido, Julio Fabbrini Mirabete leciona:

O emprego de arma denota não só a maior periculosidade do agente, como também uma ameaça mais intensa à incolumidade física da vítima. Arma, no sentido jurídico, é todo instrumento que serve para o ataque ou defesa, hábil a vulnerar a integridade física de outrem (*Manual de direito penal*, vol. II, 23. ed, São Paulo: Atlas, 2005, p. 243).

A doutrina de Cleber Masson prescreve lição semelhante:

No tocante à arma com defeito, se o defeito acarretar a absoluta ineficácia da arma e tal circunstância restar comprovada pericialmente, não se aplica a causa de aumento de pena, restando, configurado o crime de roubo, em sua modalidade fundamental (CP, art. 157, *caput*). Se o vício importar apenas na ineficácia relativa da arma, prevalece o entendimento a favor da incidência

da majorante. **A arma desmuniada, por sua vez, constitui-se em meio relativamente ineficaz. O agente pode nela inserir projéteis a qualquer tempo e efetuar disparos. É cabível, portanto, a causa de aumento de pena** (Código penal comentado. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 642-643) (grifou-se).

Assim, para a caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, é irrelevante que a arma de fogo esteja desmuniada, pelo que é bastante a intimidação impingida à vítima, mormente porque, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a lesividade do instrumento se encontra *in re ipsa*.

Nesse sentido, colaciono dois precedentes do Pretório Excelso:

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PREVISÃO DO ART. 192 DO RISTF. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

I – A questão de mérito foi devidamente analisada pela decisão ora recorrida, que, assentando a reiterada jurisprudência desta Corte sobre a matéria, afastou a tese da impetração e negou provimento ao recurso ordinário, com base no *caput* do art. 192 do RISTF.

II – É irrelevante saber se a arma de fogo estava ou não desmuniada, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. Não se mostra necessária, ademais, a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo.

III - Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa*.

IV - A majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial.

V – Agravo regimental desprovido (RHC 104583 AgR/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26-10-2010, v. u.) (grifou-se).

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Ato infracional equiparado a crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I e II, do CP). 3. Adolescente condenado a cumprir medida de internação por tempo indeterminado, com a execução limitada ao período de 12 meses, conforme artigos 121, caput, §§ 2º e 3º, do ECA. 4. A celeuma diz respeito a dois pontos controvertidos: a configuração da violência pelo uso de arma de fogo e a possibilidade de internação do adolescente. 5. O TJ/MG alega que a arma tinha potencial lesivo, conforme laudo acostado aos autos após a sentença, afirmando que, naquela oportunidade, foi garantido o contraditório à defesa. **6. Ainda que a arma não tivesse sido apreendida, conforme jurisprudência desta Suprema Corte, seu emprego pode ser comprovado pela prova indireta, sendo irrelevante o fato de estar desmuniada para configuração da majorante. Precedentes.** 7. Conforme sentença, o uso de arma de fogo restou comprovado pela confissão e depoimento da vítima. Portanto, conforme jurisprudência do STF é despicienda a comprovação da potencialidade lesiva, tendo em vista que sua utilização propiciou a subtração do bem almejado pelos menores. 8. A medida de internação é excepcionalíssima, razão pela qual a gravidade abstrata do ato infracional, por si só, não tem o condão de determiná-la. Precedentes. 9. O magistrado, a par da violência do ato infracional, fundamentou a decisão com fulcro no laudo psicossocial. 10. Medida de internação adequada ao caso concreto, pois teve como fundamento a gravidade do ato infracional praticado – análogo ao delito de roubo com emprego de arma de fogo – somada a aspectos psicossociais desfavoráveis constantes do relatório interdisciplinar. 11. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento (RHC 115.077, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 6-8-2013, v. u.) (grifou-se).

Dessa forma, escorreita a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

Em face do exposto, o voto é pelo conhecimento dos embargos infringentes e pelo seu desprovimento.

Este é o voto.

Revisão Criminal n. 2014.073924-5, de Guaramirim

Relator: Des. Getúlio Corrêa

REVISÃO CRIMINAL – AÇÃO PENAL AJUIZADA CONTRA PESSOA QUE SE IDENTIFICA COM NOME DE TERCEIRO – PROVA DOCUMENTAL ROBUSTA NO SENTIDO DE QUE O PLEITEANTE TRABALHOU E EXERCEU OUTRAS ATIVIDADES DURANTE O PERÍODO DE SEGREGAÇÃO DO RÉU – RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DO RÉU (NEGRO) QUE REVELA A DISTINÇÃO COM O REVISIONANDO (BRANCO, CONFORME FOTOGRAFIAS DE DOCUMENTOS DE IDENTIFICAÇÃO E DE DESCRIÇÃO NO CERTIFICADO DE ALISTAMENTO MILITAR) – EXCLUSÃO DE TODOS OS REGISTROS CRIMINAIS DECORRENTES DA AÇÃO PENAL E SEU RESPECTIVO PROCESSO DE EXECUÇÃO – PEDIDO DE INDENIZAÇÃO (CPP, ART. 630) – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO – APURAÇÃO EM AÇÃO PRÓPRIA – PLEITO PARCIALMENTE DEFERIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 2014.073924-5, da Comarca de Guaramirim (2ª Vara), em que é requerente Fabricio dos Santos Alves:

A Seção Criminal decidiu, por votação unânime, julgar procedente, em parte, o pedido para determinar a exclusão do nome do requerente, Fabrício dos Santos Alves, de todos os registros criminais relacionados à Ação Penal n. 0002851-23.2002.8.24.0026 e ao processo de execução respectivo. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 10 de dezembro de 2014 os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Rui Fortes (Presidente), Moacyr de Moraes Lima Filho, Marli Mosimann Vargas, Roberto Lucas Pacheco, Paulo Roberto Sartorato, Rodrigo Collaço, Sérgio Rizelo, Ernani Guetten de Almeida, Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Shaefer.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Ivens José Thives de Carvalho.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2014.

Getúlio Corrêa
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de revisão criminal interposta por Fabricio dos Santos Alves contra sentença transitada em julgado, no Processo-crime n. 0008251-23.2002.8.24.0026, no qual, de acordo com o requerente, terceiro, utilizando falsamente o seu nome, foi condenado como incurso no tipo penal previsto no art. 157, § 2º, II, do CP, pelos fatos assim descritos na peça acusatória:

“No dia 16.09.02, por volta das 08:15, em Guarimir,-SC, no interior do Supermercado Breithaupt, o Réu subtraiu coisa alheia móvel (cerca de R\$ 15.000,00 em dinheiro) para si, mediante grave ameaça.

A ameaça foi exercida com emprego de arma (§ 2º, inc. I).

Consta dos autos que o réu se aproximou da Supervisora do Supermercado Breithaupt, sra. IVONETE SIGNORIN DOS SANTOS, apontou um revólver e disse: ‘eu sei que você está grávida; então fique quieta; se abrir a boca, morre; vai passando o dinheiro e abre o cofre’. Ivonete abriu o cofre, passou o dinheiro, inclusive as moedas). Após pegar este dinheiro, o denunciado pediu o dinheiro que estava nos malotes dos caixas, que também estavam em poder de Ivonete, em sua mesa. Depois saiu normalmente, indo em direção à rua, fugindo. Foi roubado aproximadamente R\$ 15.000,00 em dinheiro” (fls. 02-03 do anexo).

Instruído o processo criminal, o juízo singular condenou o denunciado à pena total de 4 (quatro) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, estes fixados no mínimo legal (fls. 111-118).

A decisão transitou em julgado e formou-se o PEC, oportunidade na qual o revisionando peticionou, esclarecendo o erro judiciário, e o Juiz de Direito Gustavo Schwingel, em 04.12.2012, determinou o cancelamento do PEC bem como a expedição de ofício à delegacia para investigação acerca da identificação do acusado.

Conclusos novamente os autos diante da inércia da autoridade policial, o Magistrado Guy Estevão Berkenbrock entendeu pela continuidade do PEC, diante do trânsito em julgado da sentença e da necessidade de ajuizamento de revisão criminal.

No pedido revisional (fls. 02-09), o postulante, natural e residente em Rolândia/PR, narrou ter sido impedido de votar na última eleição e tomou conhecimento de que seus direitos políticos estavam suspensos devido ao trânsito em julgado da referida sentença condenatória no Estado de Santa Catarina.

Aventou a existência de evidente erro judiciário na identificação do denunciado. Para tanto, sustentou que: **a)** não há no processo original nenhum documento de identificação do criminoso; **b)** as diferenças físicas entre o revisionando e o condenado podem ser constadas *ictus oculi* se comparadas as fotografias dos documentos de identificação do requerente (RG e CNH) com a fotografia constante do processo penal constante do termo de reconhecimento do denunciado (fl. 19); **c)** a assinatura do réu às fls. 27-28 do anexo é bem diferente da do revisionando; **d)** nas datas da prisão em flagrante (26.09.2002) e do interrogatório (21.01.2003), o revisionando trabalhava, com carteira registrada, na empresa Simbal Móveis Ltda.; **e)** ademais, no interregno entre a segregação cautelar do réu, em 26.09.2003 e a sua fuga, em 17.10.2003 (fl. 160 do anexo), o postulante trabalhava na Dori Alimentos; **f)** as certidões do cartório eleitoral demonstram que compareceu para votar nos dois turnos do ano de 2002 (26 e 27 de outubro); **g)** de acordo com o certificado do alistamento mi-

litar, o revisionando tem cor branca e o denunciado é negro, segundo a descrição da vítima.

Dizendo presentes os requisitos (plausibilidade do direito invocado e perigo da demora), requereu a concessão de liminar a fim de suspender todos os efeitos da condenação até o julgamento definitivo da demanda.

Ademais, discorreu sobre o dever do Estado de indenizá-lo diante do equívoco e, ao final, requereu: *a)* a exclusão do revisionando do polo passivo da ação penal originária ou a sua absolvição ; *b)* o restabelecimento dos direitos perdidos em decorrência da condenação; *c)* o reconhecimento do direito à indenização por danos morais (CPP, art. 630), estimando o valor a ser fixado em R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais); subsidiariamente, a liquidação do montante indenizatório no juízo cível.

A liminar foi indeferida, mas concedi *habeas corpus* de ofício, com vistas à suspensão de todos os efeitos da condenação dos autos n. 0002851-23.2002.8.24.0026 até o julgamento definitivo da presente demanda (fls. 34-40).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer da Procuradora de Justiça Cristiane Rosalia Maestri Boell, manifestou-se pela integral procedência da ação revisional.

Solicitei a juntada dos autos originais e, cumprida a diligência, os autos retornaram à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, por parecer do Procurador de Justiça Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes, ratificou o parecer anterior (fl. 59).

VOTO

1. Inicialmente, convém anotar que “*a Seção Criminal, refluindo no posicionamento anteriormente adotado, entendeu que o terceiro prejudicado - após provado o equívoco na identificação civil - tem legitimidade para pleitear, por meio da revisão criminal, a exclusão do seu nome dos registros penais decorrentes da condenação indevida*” (Revisão Criminal n. 2013.062609-3,

Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 28.05.2014).

Nesse sentido, aliás, é o posicionar do STJ:

“É cabível a via da Revisão Criminal para rever sentença proferida contra pessoa que, em um segundo momento, se sabe não ter cometido o crime objeto da condenação, sendo evidentemente legítima para ajuizá-la a parte que tem seu nome lançado como réu na sentença condenatória proferida com erro na identificação do agente do delito. Inteligência do art. 621, incisos II e III, do Código de Processo Penal” (REsp n. 645582, Min. Laurita Vaz, j. 12.09.2006).

Dessa forma, o conhecimento do pedido é medida que se impõe.

2. No caso, tem razão o revisionando com relação à existência de erro na identificação civil do denunciado.

As provas acostadas aos autos comprovam que o requerente nada tem a ver com o cometimento do crime apurado e que deu azo à sua condenação transitada em julgado.

Com efeito, restou demonstrado que o inquérito foi instaurado contra terceiro que forneceu o nome do revisionando.

No período no qual o réu encontrava-se segregado, entre a data de sua prisão em flagrante por outros fatos, em **26.09.2002** (fl. 25 do anexo) e a data da fuga (**17.10.2003**) (certidão de fl. 127-v.), o requerente trabalhou nas empresas Simbal Indústria e Comércio de Móveis (de **14.10.2002 a 08.01.2003**, cópia autenticada da carteira de trabalho à fl. 22 e extrato previdenciário de fl. 26) e Dori Alimentos S/A (de **12.05.2003 a 10.06.2003**, fl. 22 e 27) e votou, na sua cidade natal, em Rolândia/PR, nos dois turnos das eleições de 2002 (fl. 16).

Ademais, é visível, a olho nu, que a pessoa reconhecida pela vítima, constante da fotografia anexada ao termo de reconhecimento (fl. 19 da ação original e 11-12 destes autos) não é o revisionando (CNH, fl. 14). Consta, ademais, do alistamento militar que a cor do requerente é branca

(fl. 24). De outra parte, a vítima, além de ter reconhecido a pessoa da fotografia de fl. 19, descreveu-o, em seu depoimento, como “um rapaz moreno (cor de jambo)” (fl. 13 dos autos em apenso).

Da mesma forma, as assinaturas constantes dos documentos de identificação de Fabricio dos Santos Alves (cópia autenticada do CNH, fl. 14; RG e CPF, fls. 15 e 15-v.; e certidões eleitorais de fls. 17-18) em nada se assemelham com a firmada pelo acusado nos termos de interrogatório (extrajudicial às fls. 27-28 e judicial à fl. 103, todas do anexo) e no mandado de prisão (fl. 83 dos autos apensados).

Assim, não restam dúvidas de que o nome da ré deve ser excluído da ação penal, bem como devem ser afastados todos os efeitos da sentença condenatória.

No mesmo norte, já decidiu esta Seção Criminal:

“AÇÃO PENAL AJUIZADA CONTRA PESSOA QUE SE IDENTIFICA COM NOME DE TERCEIRO. COMPROVAÇÃO POR MEIO DE DOCUMENTOS E INFORMAÇÃO DO PAI DE QUE A VERDADEIRA RÉ SE FEZ PASSAR POR SUA IRMÃ, ORA REQUERENTE. ALTERAÇÃO DO NOME DA AUTORA DOS FATOS CRIMINOSOS QUE SE IMPÕE. EXCLUSÃO DA REQUERENTE E INSERÇÃO DA VERDADEIRA IDENTIDADE CIVIL DA AUTORA DOS FATOS. AÇÃO REVISIONAL NÃO CONHECIDA, COM CONCESSÃO, DE OFÍCIO, DE HABEAS CORPUS PARA CORRIGIR A IDENTIFICAÇÃO CIVIL DA CONDENADA. INDENIZAÇÃO POR ERRO JUDICIÁRIO. ELEMENTOS QUE APONTAM A CIÊNCIA DO JUDICIÁRIO ACERCA DO ERRO DE IDENTIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO PARA EVITAR O EQUÍVOCO. DIREITO INDENIZATÓRIO QUE DEVE SER DEMONSTRADO E AFERIDO EM AÇÃO PRÓPRIA A SER INSTAURADA NO JUÍZO CÍVEL” (Revisão Criminal n. 2011.081019-9, Des. Jorge Schaefer Martins, j. 31.10.2012).

Assim, o pleito deve ser deferido para determinar a exclusão do nome do requerente, Fabrício dos Santos Alves, de todos os registros criminais relacionados à Ação Penal n. 0002851-23.2002.8.24.0026 e exe-

cução correspondente.

3. Pretende o requerente, ainda, o reconhecimento à indenização pelos prejuízos sofridos, nos termos do estabelecido no art. 630 do CPP.

Contudo, não juntou prova pré-constituída do prejuízo, além de, a meu sentir, ser imprescindível o pedido de citação do ente público, o que não ocorreu na hipótese, sob pena de malferimento ao princípio constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

A propósito, extraio da doutrina de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

“[...] Outrossim, a ação de revisão criminal pode conter a cumulação de pedido indenizatório pelo erro judiciário alegado e reconhecido pelo tribunal. É assim que o art. 630, *caput*, do CPP, reza que ‘se o interessado requerer’ poderá o tribunal ‘reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos’. Tal indenização, a ser liquidada no juízo cível, será de responsabilidade da União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça federal, do Distrito Federal ou do Estado, se prolatada pela justiça respectiva (§ 1º, art. 630). Essa previsão legal é permissiva da ampliação do objeto da demanda e de sua cognição horizontal, exigindo a citação do ente público para contestar a ação” (*Curso de Direito Processual Penal*. 4 ed. Salvador: Jus Podvium, 2010. p. 1068-1069).

A propósito, já asseverou o STJ que “‘O exame da matéria referente à caracterização da responsabilidade civil do Estado, decorrente do erro judiciário, envolve, certamente, rigorosa ponderação entre princípios constitucionais, visto que às disposições do artigo 630 do Código de Processo Penal sucederam as da Constituição Federal, sobretudo os artigos 5º, inciso LXXXV e 37, § 6º’ (REsp 292.041/SP, Rel. p/ acórdão Min. Franciulli Netto, DJ 21.6.2004)” (AgRg no REsp n. 723035, Min. Humberto Martins, j. 03.08.2006).

Assim, diante da ausência de apresentação de prova pré-constituída do prejuízo, bem como ausência de participação do ente público no feito, mais consentâneo reservar a análise de eventual direito indenizatório à ação própria.

4. À vista de todo o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para determinar a exclusão do nome do requerente, Fabrício dos Santos Alves, de todos os registros criminais relacionados à Ação Penal n. 0002851-23.2002.8.24.0026 e à execução correspondente.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 2012.001934-3, de Capivari de Baixo

Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO CULPOSO CIRCUNSTANCIADO PELA INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO (ART. 121, §§ 3º E 4º, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DA DEFESA. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. PREJUÍZO NA COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO. INOVAÇÃO RECURSAL. TESE DEFENSIVA NÃO CONHECIDA. AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTES- TES. BOMBEIRO MILITAR QUE DEIXA DE ENVIAR GUARNIÇÃO DO AUTO SOCORRO DE URGÊNCIA (ASU) APÓS SÉRIE DE LI- GAÇÕES DE POPULARES. OMISSÃO INJUSTIFICADA. NEGATIVA DE ENVIO DA VIATURA SOB O FALSO ARGUMENTO DE ESTAR ATENDENDO OUTRA OCORRÊNCIA. RESULTADO MORTE QUE PODERIA TER SIDO EVITADO. TEMPO TRANSCORRIDO ENTRE CHAMADOS DE SOCORRO E MORTE QUE PERMITIA DESLO- CAMENTO DO ASU E ATENDIMENTO. NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA OMISSIVA DO APELANTE E O ÓBITO DA VÍTIMA DEVIDAMENTE DEMONSTRADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA.

PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 121, § 4º, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÃO DO APELANTE QUE CONTRIBUIU SIGNIFICATIVAMENTE PARA O ÓBITO DA ADOLESCENTE. CIRCUNSTÂNCIA EVIDENCIADA.

PEDIDO DE EXCLUSÃO DO EFEITO DA CONDENAÇÃO PREVISTO NO ART. 92, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. ARGUMENTO IMPROCEDENTE.

JUSTIÇA GRATUITA. PEDIDO A SER EFETUADO E APRECIADO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO PELO JUÍZO DA CONDENAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2012.001934-3, da comarca de Capivari de Baixo (Vara Única), em que é apelante Walner Alexandre Camilo Alves, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer em parte do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Sra. Desembargadora Marli Mosimann Vargas, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Paulo Roberto Sartorato.

Funcionou como membro do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 1º de julho de 2014.

José Everaldo Silva
RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Capivari de Baixo, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Walner Alexandre Camilo Alves, dando-o como incurso nas sanções do art. 121, §§ 3º e 4º, c/c art. 13, § 2º, alínea “a”, do Código Penal, porque, conforme descreve a proemial acusatória:

Na madrugada do dia 11 de abril de 2007, por volta das 4 horas, a adolescente Regina Menegildo Justino (15 anos), na companhia de sua mãe, esperava o transporte municipal para levá-la até o município de Florianópolis, onde tinha consulta médica agendada, pois era portadora de problemas cardíacos e vinha submetendo-se a tratamento de saúde. Entretanto, repentinamente, foi acometida de mal estar súbito e caiu desmaiada numa das ruas do bairro Três de Maio, neste Município, motivo pelo qual sua genitora, Terezinha Menegildo Justino, desesperada, gritou por ajuda, chamando a atenção de pessoas que residiam nas proximidades, muitas das quais se deslocaram até o local.

Ato contínuo, algumas pessoas que presenciaram a cena, confiantes na costuma-reira presteza e eficiência do serviço de salvamento do Corpo de Bombeiros, não tardaram a efetuar ligações, via 193, clamando pelo imediato atendimento da vítima, que agonizava perante a atônita população.

Contudo, apesar dos cinco telefonemas efetuadas para o Corpo de Bombeiros nos horários de 04h15min, 04h17min, 04h19min, 04h23min e 5h (fls. 17/23), nenhum deles logrou romper a inércia do denunciado Walner Alexandre Camilo Alves – bombeiro militar que naquela madrugada exercia a função de atendente/telefonista responsável pelo atendimento do sistema de emergência 193 – a ponto de motivá-lo a agir para evitar o previsível resultado morte e, mais, de mover-se em observância às regras técnicas da profissão, ou seja, de acordo com os procedimentos adequados a situação de emergência, tal qual estabelece, aliás, o Protocolo do Serviço Operacional BM (fls. 155/183), notadamente o previsto no “Procedimento 9 – O Telefonista /Despachante Bombeiro” (fls. 170/172) abaixo transcrito:

Estado de Santa Catarina

Polícia Militar

Comando do Corpo de Bombeiros

PROTOCOLO DE SERVIÇO OPERACIONAL BM

[...]

PROCEDIMENTO 9 – O Telefonista/Despachante Bombeiro

[...]

Em ocorrência:

[...]

Obter as informações básicas da ocorrência (identificação da natureza, localização, dimensão e riscos da ocorrência) e **acionar o trem de socorro adequado com a máxima brevidade.** (fl. 170-sem grifo no original)

Orientações gerais para o atendimento de ocorrência de bombeiro:

[...]

Situações que caracterizam-se, desde o primeiro momento, como risco imediato e evidente para a vida e/ou risco imediato de grandes proporções para propriedades.

∫ Priorizar a identificação imediata da natureza da ocorrência e da localização.

∫ **Despachar imediatamente o trem de socorro previsto através de alarme ou comunicação via rádio.** Quando a distância do quartel até a ocorrência for grande, enviar uma viatura policial para obter maiores informações, sem que o procedimento retarde o deslocamento do trem de socorro. (fls. 170/171 – sem grifos no original)

Princípios a serem seguidos no despacho do trem de socorro são os seguintes:

[...]

Nas situações que caracterizam-se como de risco imediato e evidente para vida e/ou risco imediato de grandes proporções para propriedades é responsabilidade do despachante conduzir o trem de socorro ao endereço correto, com a máxima rapidez, fornecendo quantas informações e pontos de referência sejam necessários (fl. 172).

Com efeito, todas as ligações foram atendidas com frieza e descaso pelo denunciado Walner, o qual, ciente do seu dever jurídico de evitar o resultado (garante), mesmo devendo (art. 144, V e § 5º da CF E art. 108, I, da CE), e podendo agir de forma diversa, obrou negligente ao abster-se do comportamento que lhe era exigido quando deixou de enviar ao local, imediatamente, através do acionamento do trem de socorro, uma viatura que se encontrava na guarnição de prontidão para atendimentos.

Na primeira ligação, efetuada às 4h 15 min, o denunciado, mesmo ao receber o seguinte apelo “corre, tem uma mulhé morrendo aqui, corre cara” (sic) (fl. 17), falseou a possibilidade de pronto atendimento ao inventar que “no momento eu eu já to atendendo outra ocorrência, só tenho uma viatura” (sic) (fl. 17), mesmo apesar de ter havido insistência do outro lado da linha nos seguintes moldes: “a menina ta passando mal cara” (sic) (fl. 17), nesse mesmo telefonema, após surgir que o solicitante ligasse para o 192, o denunciado, impassível, repetiu: “192! No momento nós só ta com uma ambulância atendendo ocorrência, tá?” (sic) (fl. 18).

Já no segundo telefonema, realizado às 4h 17min, enquanto uma mulher solicitava desesperadamente a presença dos bombeiros para socorrer a vítima, ao mencionar “a menina tá caída ali é uma menina de 10 anos, deu um ataque no coração” (sic) (fl. 18), o denunciado, friamente, depois de simular

que estaria atendendo a um outro chamado e dito que era para a solicitante aguardar um instante, inventou mais uma vez uma falsa situação para justificar a impossibilidade no atendimento, quando disse o seguinte: “amigo, no momento eu já tô atendendo outra ocorrência, só tenho uma viatura. Tens que discar para o 192, companheiro, tá certo? 192, no momento a gente só ta com uma ambulância em ocorrência, ta?” (sic) (fl. 18) Na sequência deste mesmo chamado telefônico, o denunciado permaneceu desrespeitando o procedimento comum à espécie ao fazer indagações inúteis, intempestivas, à solicitante e, até mesmo, colocação irônica tal como “ah, o que ela tava fazendo no meio da rua uma hora dessa” (sic) (fl. 18), quando o correto, repita-se, seria acionar o trem de socorro para efeito de deslocar uma viatura imediatamente ao local.

Nas duas outras ligações (4h19min e 4h23min) que seguiram às supramencionadas, a postura do denunciado não foi diferente, uma vez que, tratando a situação com repugnante descaso, obrou renitente ao omitir-se de cumprir com seu dever legal, até que, num último telefonema, ocorrido às 5h, uma pessoa do sexo feminino, desconsolada com a ausência do socorro, informou-lhe que “veio um carro da polícia e levou, mas o policial disse que a menina tá morta” (sic) (fl. 20), apesar de o próprio denunciado ter mencionado que [...] “não é tão fácil dizer se tá morta” (sic) (fl. 21).

Enfim, apesar de existir uma ambulância de prontidão para atender os chamados recebidos via 193, o denunciado contrariando seu dever legal por pura displicência ou indiferença com a situação, deixou de acioná-la para efeito de prestar socorro à vítima que, estirada na calçada, agonizava aguardando a ajuda.

Dessa forma, sem que tivesse obtido necessário e possível socorro especializado, por culpa exclusiva do denunciado – que, aliás, já havia recebido uma punição disciplinar por deixar de atender a ocorrência durante a realização do Laguna Music Festival, em abril de 2005 (fl. 33) – a adolescente já chegou sem vida à Unidade Mista Hospitalar de Capivari de Baixo (certidão de fl. 205), levada pela viatura da polícia militar (fls. I/IV).

Concluída a instrução criminal, a autoridade judiciária julgou procedente a denúncia e condenou Walner Alexandre Camilo Alves à pena de 1 (um) ano e 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime

aberto, substituída por duas restritivas de direito consistentes na prestação de serviços à comunidade e pagamento de multa no valor de um salário mínimo, pela prática do delito previsto no art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal (fls. 618/630).

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, o réu apelou (fl. 644), requerendo a sua absolvição, sob o argumento a inexistência nexos de causalidade entre a ação do apelante o óbito da vítima. Justifica também seu pedido na ausência de prova da materialidade do crime em tela. Subsidiariamente, requer o afastamento da causa especial de aumento de pena prevista no § 4º, do art. 121, do Código Penal. Por fim, postulou pela exclusão da sanção nos moldes do art. 92, inciso I, do Código Penal, por não ter sido devidamente fundamentada e pela concessão de justiça gratuita (fls. 644/650).

Contrarrazões às fls. 659/670.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Ernani Guetten de Almeida, o qual opinou pelo conhecimento e não provimento do presente apelo (fls. 675/681).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação criminal interposta por Walner Alexandre Camilo Alves, contra a sentença de primeiro grau que o condenou na penas do art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, pela prática do delito de homicídio culposo circunstanciado pela omissão no seu dever funcional de ordenar o imediato socorro à vítima Regina Menegildo Justino (15 anos), a qual chegou sem vida na unidade hospitalar, na madrugada do dia 11 de abril de 2007, no município de Capivari de Baixo/SC.

Nesta oportunidade, a defesa do réu Walner Alexandre Camilo Alves postula pela sua absolvição, argumentando que há prova nos autos de

que o apelante não concorreu para a prática do delito descrito na denúncia, afirmando que ele não teve participação no evento morte.

Entretanto, da análise de todo o conjunto probatório colhido no presente feito, verifica-se que razão não lhe assiste, devendo ser mantida a sua condenação pelo que segue.

A materialidade do delito de homicídio culposo causado por omissão, encontra-se devidamente demonstrado na Certidão de Óbito da adolescente Regina Menegildo Justino, acostada à fl. 205, na mídia de fl. 24, na qual se encontram gravadas as ligações telefônicas direcionadas ao Corpo de Bombeiros e atendidas pelo apelante, nos pareceres de fls. 37/40 e 55/59, nos documentos de fls. 67/183, os quais compreendem o Protocolo de Atendimento Pré-Hospitalar do Corpo de Bombeiro Militar de Santa Catarina, Procedimento Operacional Padrão n. 02/2000, o Protocolo do Serviço Operacional do Corpo de Bombeiros de Santa Catarina, o Prontuário Médico de Atendimento da vítima Regina Menegildo Justino e o Relatório de Ocorrências da Polícia Militar de Capivari de Baixo referente o atendimento e condição da vítima para a unidade hospitalar daquele município, bem como nos relatos colhidos em ambas as fases processuais.

Do parecer firmado pelo sindicante 1º Tenente BM Marcos Aurélio Barcelos, de fls. 55/59, extrai-se:

[...] Tais condutas omissivas revelam que o Sd. Bm. Walner não cumpriu com sua responsabilidade de despachar as viaturas para atendimentos emergenciais e que não demonstrou compromisso com a sua missão de salvar vidas, trabalhando mal no serviço para o qual estava escalado e, consequentemente, tendo como resultado o óbito da vítima. Não significa que a vítima seria salva com a atuação da guarnição do BM, mas sempre restará dúvida de que poderia ter sido salva se o socorro chegasse a tempo.

Há que se considerar, também, que o referido bombeiro militar faltou com a verdade ao informar para dois solicitantes que não havia Vtr BM disponível

para atendimento da ocorrência. O relatório de serviço diário do COBOM e o depoimento dos integrantes da guarnição do ASU 152 revelam que não houve nenhum atendimento entre as 1920h e 0637h, o que comprova a veracidade da informação [...] (fl. 58);

Inicialmente, urge consignar que a insurgência da defesa referente à ausência do exame de corpo de delito prejudica conjunto probatório material, não pode ser objeto de análise por esta Corte de Justiça, pois trata-se de tese nova, configurando a condição de “inovação recursal”, motivo pelo qual nega-se conhecimento a este aspecto do pleito.

Quanto à autoria dos fatos narrados na denúncia, também é incontestado, conforme consta no teor dos termos de declaração e interrogatórios transcritos às fls. 31/33, 34/36 (autos de sindicância) e 594/596 (juízo), sendo que nesta última oportunidade, declarou que *“confirma que mentiu, quando disse que a viatura estava ocupada; que fez isso porque ficava ‘complicado’ dizer que havia uma viatura e ela não seria deslocada; [...] que é verdade que quando foi feito os dois primeiros telefonemas pela solicitante, o interrogando estava atendendo outras chamadas; que o interrogando acredita que as outras duas chamadas diziam a respeito da mesma ocorrência dos autos [...]”*.

Com relação ao nexu causal existente entre a omissão do apelante e a morte da vítima Regina Menegildo Justino, o ilustre Magistrado de primeiro grau bem analisou a *quaestio* quando da fundamentação da sentença condenatória, e, por isso, adoto-a como razão de decidir:

Trata-se de ação penal pública incondicionada, deflagrada pelo representante do Ministério Público em exercício neste Juízo, visando a apuração da responsabilidade penal de WALTER ALEXANDRE CAMILO ALVES pela suposta prática do crime de homicídio culposo qualificado.

A materialidade está positivada nos autos pela certidão de óbito de fls. 205.

Inquestionável, da mesma forma, a autoria do ilícito.

Com efeito, segundo se depreende da leitura do termo de degravação, o acusado, que na ocasião era responsável por atender às ligações de emergência

dirigidas ao Corpo de Bombeiros, recebeu ao menos quatro ligações, em sequência, separadas por diminuto intervalo de tempo, em que o(a) interlocutor(a), clamava por socorro, em face do grave estado de saúde da vítima.

Pela pertinência, oportuna a transcrição:

“04h15min –Atendente corpo de bombeiros, boa noite!

Voz masculina alô, corre, tem uma mulhé morrendo aqui, corre cara

Atendente aguenta só um instantinho, por favor, tá amigo?

Estou com outra ligação no telefone.

Voz masculina oh rápido cara, oh, corre cara, a menina tá passando mal cara, a menina tá passando mal cara [...]” (fls. 17).

“04h17min – Atendente corpo de bombeiros, boa noite. Aguenta só um instantinho por favor que já tô com outra pessoa no telefone.

Voz feminina a menina tá caída ali é uma menina de 10 anos, deu um ataque no coração [...] (fls. 18).

“04h19min – Atendente dá uma olhadinha

Voz feminina ah mas eu não sei mexer

Atendente mas não precisa mexer, é só ver qual é a situação dela

Voz feminina ela tá caída e deitada

Atendente às vezes não é coração

Voz feminina não ela tem, ela aposentada disso, uma menina de quinze anos

Atendente quinze ou dez, a senhora tinha me falado dez

Voz feminina quinze, não, quinze, ela é bem pequinhinha

Atendente pois é senhora, não tem como ali dar uma olhadinha prá nós, porque deslocar uma viatura aí fica, fica complicado, né, tinha que ter certeza, né [...] (fls. 19).

“04h23min – Atendente – corpo de bombeiros, boa noite!

Voz feminina – oh, boa noite! Não tem como mandar um carro vir aqui na frente do postinho do três de maio.

Atendente – que aconteceu senhora?

Voz feminina – oh, tem um criança aqui morta, pelo amor de Deus, hein.

Atendente – tá, já tô mandando tá senhora.

Voz feminina – aí, então tá, vem rápido”.

Sem maiores dificuldades, percebe-se que o acusado, mesmo diante da flagrante urgência de atendimento, omitiu-se no seu dever funcional de ordenar o imediato socorro à vítima.

Como se não bastasse o conteúdo da gravação telefônica, diga-se de passagem, não contestada pelo acusado, os depoimentos colhidos no decorrer da instrução bem demonstram a negligência e até o desprezo com que o acusado tratou o pedido de atendimento:

“[...] que na data dos fatos a depoente estava dormindo quando ouviu alguns gritos vindos do outro lado da rua; que a depoente esclarece que reside ao lado do posto de saúde; que a depoente abriu a janela e viu que a vítima estava deitada no chão, acompanhada de sua mãe; que a depoente logo deduziu que a vítima estava passando mal; que a depoente já conhecia a vítima e sua mãe, uma vez que a primeira era colega de escola da vítima da depoente; que a depoente ligou para o número 193, pensando se tratar do número do corpo de bombeiros de Capivari de Baixo; que a depoente disse que havia uma menina passando mal e pediu que fosse enviada uma viatura; que o interlocutor perguntou para a depoente ‘o que uma menina estava fazendo na rua às cinco horas da manhã?’; que a depoente respondeu que provavelmente estava esperando uma ambulância para ir para Florianópolis; que ato contínuo, o atendente perguntou se a depoente era médica para saber que a menina estava passando mal; que a depoente disse que conhecia a menina, que era esposa de militar, e que por isso não tinha razões para fazer trotes; que ainda assim o atendente pediu para que a depoente fosse verificar se de fato a menina estava viva, para depois retornar a ligação [...] (fls. 591/592 – Alessandra Benta Ambrósio dos Santos)

O Protocolo do Serviço Operacional BM, no Procedimento 9 O Telefonista/ Despachante Bombeiro, demonstra claramente que a conduta do acusado foi contrário ao seu dever legal:

“São deveres do despachante telefonista/bombeiro durante o período de serviço:

[...]

Em ocorrência:

[...]

∫ Obter as informações básicas da ocorrência (identificação, natureza, localização, dimensão e riscos da ocorrência) e acionar o trem de socorro adequado com a máxima brevidade.

∫ Após o acionamento do trem de socorro, utilizando as informações básicas, obter as informações complementares da ocorrência, de acordo com a natureza.

∫ Sempre que possível, o telefonista bombeiro deve implementar a orientação inicial ao solicitante sobre as condutas a serem adotadas até a chegada das unidades de emergência.

[...]

Orientações gerais para o atendimento de ocorrências de bombeiros:

[...]

∫ Situações que caracterizam-se, desde o primeiro momento, como risco imediato e evidente para a vida e/ou risco imediato de grandes proporções para propriedades:

∫ Priorizar a identificação imediata da natureza da ocorrência e localização.

∫ Despachar imediatamente o trem de socorro previsto através de alarme ou de comunicação via rádio. Quando a distância do quartel até a ocorrência for grande, enviar uma viatura policial para obter maiores informações, sem que o procedimento retarde o deslocamento do trem de socorro.

[...]

Os princípios a serem seguidos no despacho de trem de socorro são os seguintes:

[...]

∫ Nas situações que caracterizam-se como risco imediato e evidente a vida e/ou risco imediato de grandes proporções propriedades é de responsabilidade

do despachante conduzir o trem de socorro ao endereço correto, com a máxima rapidez, fornecendo quantas informações e pontos de referência quanto sejam necessários (fls. 170/172).

Agindo, pois, na forma como descrita na denúncia, o acusado, ao negligenciar o imediato socorro à vítima, cometeu fato típico, tal qual como descrito no artigo 121, §§ 3º e 4º do Código Penal, in verbis:

“Art 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

[...] § 3º Se o homicídio é culposo:

Pena - detenção, de um a três anos.

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos”.

Inequívoco, do mesmo modo, o nexos causal existente entre a omissão do acusado e o resultado morte produzido na vítima, que poderia ser evitado, caso fosse outra a conduta.

O artigo 13 do Código Penal estabelece:

“Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado” (Grifei).

Ao tratar do tema, notadamente nos crimes omissivos impróprios, Fernando Capez leciona que:

“Nexo causal nos crimes omissivos impróprios: de acordo com a redação do caput de seu art. 13, o Código Penal, aparentemente, teria adotado a teoria naturalística da omissão, equiparando a omissão a um “fazer”, uma vez que ao considerar causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sinalizou no sentido de que tanto a ação quanto a omissão dão causa ao resultado. Essa idéia, contudo, não é verdadeira.

A teoria adotada foi mesmo a normativa. A omissão é um nada e, como tal, não dá causa a coisa alguma. Extrai-se essa conclusão da leitura do § 2o, do mesmo artigo, segundo o qual a omissão não tem relevância causal quando presente o dever jurídico de agir. Desse modo, a omissão não tem relevância causal e não produz nenhum resultado, simplesmente porque o nada não existe. Embora não tenha dado causa ao resultado, o omitente, entretanto, será responsabilizado por ele sempre que, no caso concreto, estiver presente o dever jurídico de agir. Ausente este, não comete crime algum”. (in Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 159).

Com a mesma compreensão, Damásio de Jesus ensina:

“Não se fala em nexo causal objetivo nos crimes omissivo, já que do nada nada surge. No sentido do texto: STF, RHC 63.428, RTJ 116:117. É incorreta a afirmação de que a omissão produz o resultado, visto que no plano físico existem apenas ações. A estrutura da conduta omissiva é essencialmente normativa, não naturalística, a causalidade não é formulada em face de uma relação entre a omissão e o resultado, mas entre este e a conduta que o sujeito estava juridicamente obrigado a realizar e se omitiu. Ele responde pelo resultado não porque o causou com a omissão, mas porque não o impediu realizando a conduta a que estava obrigado. Nesse sentido: TACrimSP, Acrim 526.117, RJDTACrimSP 2:64 e 66” (in Código penal anotado. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998 p. 34).

Ainda no mesmo diapasão, extrai-se da doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete:

“A omissão pode ser elemento do tipo penal, nos crimes omissivos puros ou próprios, ou apenas a forma de conduta para alcançar o resultado previsto

em um crime comissivo, ocorrendo assim o crime omissivo impróprio ou crime comissivo-omissivo ou, ainda, crime comissivo por omissão. A conduta descrita no tipo é comissiva, de fazer, mas o resultado ocorre por não tê-lo impedido o sujeito que estava obrigado a evitá-lo. Equiparando a lei o não impedimento do resultado à causação, no art. 13, caput, dispõe que a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado, estabelecendo as hipóteses em que o dever de agir se impõe. O sujeito passa a ter a posição de garantidor ou garante da não ocorrência do resultado. A primeira hipótese refere-se ao dever legal, em que uma norma jurídica obriga alguém, expressa ou implicitamente, ao cuidado, proteção ou vigilância do bem jurídico tutelado. Na segunda hipótese, segundo a lei, estão obrigados a agir, sob pena de responderem pelo resultado, aqueles que, de qualquer forma, assumiram a responsabilidade de impedir o resultado. Isto pode ocorrer por uma disposição unilateral do agente, que, por profissão ou independente dela, assume tal ônus, ou por um contrato, seja ele de trabalho, de prestação de serviços etc. O dever de agir deriva não propriamente dos termos do contrato, mas da situação de fato em que o sujeito se encontra em face da relação contratual. Por último, refere-se a lei ao “comportamento anterior” do sujeito que criou o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo. Essa hipótese, chamada de ingerência, tendo em vista os termos genéricos da lei, abrange os que criam o perigo por dolo, culpa ou ainda sem tais elementos subjetivos.

Só tem relevância penal a omissão de providência para impedir o resultado de quem podia agir nesse sentido. Presente o dever de agir em qualquer das hipóteses, a omissão somente pode ser atribuída ao garantidor se, no caso concreto, pudesse agir para evitar o resultado. E preciso que tenha conhecimento da situação de fato, da condição que o coloca na qualidade de garantidor e de que pode executar a ação e, afinal, de que tenha a possibilidade real-física de executar a ação. Ocorrendo a omissão de quem tem o dever de agir, sua conduta deve ser apreciada em seu elemento subjetivo, dolo ou culpa, podendo haver erro de tipo ou de proibição” (in Código penal interpretado – 5. ed. – São Paulo : Atlas, 2005. p. 155/156).

De mais a mais, infere-se claramente que, embora não seja possível se afirmar a hora exata do óbito da vítima, o intervalo de tempo que se seguiu entre a primeira ligação e o último suspiro, permitia que a sorte da vítima fosse salva.

A mãe da vítima, pessoa que esteve aos seu lado até os últimos instantes, quando questionada, revelou “que na meia hora em que a depoente ficou

clamando por socorro, a vítima apresentava sinais de vida, já que ainda respirava” (fl. 474).

A testemunha Roberto Bonelli Bittencourt, motorista da ambulância do Corpo de Bombeiros, por sua vez, disse que “o deslocamento da viatura do Quartel até o bairro Três de Maio leva de 04 a 06 minutos”, mesmo tempo que a ambulância levaria para chegar ao Hospital de Tubarão” (fl. 477).

No mesmo sentido as declarações da testemunha Marcos Roberto Botelho, também integrante da mesma corporação do acusado, que além de ressaltar o treinamento para que os socorristas estejam prontos 40 segundos após a solicitação de atendimento, afirmou que “uma viatura em média deslocando-se do Quartel até o bairro Três de maio para atender uma ocorrência, levaria em média cerca de 40 minutos para fazer o deslocamento, o atendimento e retornar para o Hospital”. E mais, “que em se tratando de uma adolescente com 10 anos de idade, com históricos de problemas cardíacos e que sofre um desmaio, se fosse constatada a ausência de sinais vitais poderia ser feita massagem cardio-respiratória e a utilização de desfibrilador”, podendo ainda, em caso de presença de sinais vitais, ser submetida a oxigenoterapia, procedimentos que poderiam ser realizados no interior da ambulância, enquanto fosse levada ao Hospital (fls. 478/479).

Registre-se que o Protocolo de Atendimento Pré-Hospitalar do Corpo de Bombeiro Militar de Santa Catarina demonstra de forma evidente que o atendimento que o acusado sonheou à vítima poderia ter salvado sua vida:

“PROCEDIMENTOS GERAIS

[...]

4. Competência do socorrista

[...]

1. Executar Ressuscitação Cardiopulmonar;

[...]

1. Avaliar e executar o SBV Suporte Básico da Vida - em pacientes de emergência de causas clínicas;

[...]

2. PROCEDIMENTOS EM OCORRÊNCIAS

[...]

f. Apoio de Equipe SAV Suporte Avançado da Vida

A equipe de SBV deve solicitar que se alerte o Hospital de Referência ou estabelecer comunicação direta em caso de:

- a) Suspeita de Infarto do Miocárdio;
- b) Parada respiratória ou desconforto respiratório grave;
- c) Parada cardíaca” (fls. 71 e 78).

Ainda, especificamente sobre o atendimento à vítima com parada cardio-respiratória, cita-se os procedimentos descritos às fls. fls. 106/108.

Pertinente, outrossim, a transcrição da lição doutrinária citada no parecer do Ministério Público, da lavra de Carmen Germain Warner

“Embora as razões para a parada (cardíaca) possam não ser reconhecidas imediatamente, é essencial que o diagnóstico inicial da paralisação da função vital seja feito prontamente. Dispõe-se de 4 a 6 minutos antes que ocorra a morte biológica. Por essa razão, é necessário, em adultos, instituir medidas de ressuscitação dentro de 3 a 4 minutos, caso contrário a restauração eficiente para uma vida responsável pode não ser possível. Crianças podem suportar períodos mais longos de privação de oxigênio do que os adultos. A restauração da função normal pode ocorrer, mesmo decorridos 10 minutos entre o momento da parada na criança e o início da ressuscitação (in *Enfermagem em Emergências*, 2. ed. Rio de Janeiro: Interamericana, 1980, p. 367)

Todos esses fatos demonstram que, tivesse o acusado exercido seu dever funcional, despachando a ambulância do Corpo de Bombeiros no primeiro telefonema que atendeu, a vítima poderia ser sido salva.

Assim, a condenação do acusado é de rigor, pois as demais teses defensivas não merecem agasalho.

A testemunha Francisco de Souza Agostinho, diga-se de passagem, indicada pelo próprio acusado, ressaltou que “na época dos fatos, tinham orientação no sentido de que os casos clínicos deveriam ser repassados ao SAMU” que foi “criado para fazer o atendimento nas residências”, sendo que “caso houvesse solicitação de viatura de pessoas caídas em via pública, e a viatura esti-

vesse disponível, a viatura do corpo de bombeiro seria deslocada” (fls. 588).

Desse modo, não se têm dúvidas de que competia ao corpo de bombeiros fazer o atendimento, ainda que concorrentemente com o SAMU, como se depreende da leitura Diretriz de Procedimento Operacional Padrão no 02/2000, que traça a competência do CBMSC no atendimento à ocorrência:

“Suporte Básico de Vida: Conjunto de medidas de socorro que objetivam reconhecer e corrigir de imediato a falência dos sistemas respiratório e/ou cardiovascular, promovendo a manutenção dos sinais vitais do paciente;

[...]

Emergência Médica: Também chamada de emergência clínica, é a situação provocada por uma ampla variedade de doenças cuja causa não inclui violência sobre a vítima (fl. 149, grifo nosso).

Não se tratando de mero caso clínico, mas de verdadeiro caso emergencial, cai por terra à alegação de que agiu no estrito cumprimento de ordem superior.

Portanto, provada a materialidade, a autoria, a tipicidade e ausente qualquer causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade, a condenação do acusado WALNER ALEXANDRE CAMILO ALVES, com a consequente submissão às penas do artigo 121, §§ 3º e 4º do Código Penal, é medida de rigor (fls. 618/630).

Diante de todos elementos e circunstâncias exposto acima, está plenamente caracterizada a conduta omissiva do apelante e, consequentemente, não encontra arrimo nos autos a tese defensiva de que está comprovado a ausência de nexos causal entre a omissão do apelante e o resultado morte, não havendo como afastar a sua responsabilidade pelo óbito da vítima Regina Menegildo Justino.

De igual forma, não prospera o pleito defensivo de afastamento do aumento previsto no art. 121, § 4º, do Código Penal, o qual prevê a exacerbação da pena na terceira fase, vez que, “*no homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, [...]*”.

No presente caso concreto, não há qualquer dúvida de que o apelante, bombeiro militar à época dos fatos, deixou de observar regra técnica concernente a seu ofício, o que contribuiu significativamente para a condução da vítima à morte.

A este respeito, Fernando Capez leciona:

A inobservância de regra técnica ocorre quando o sujeito tem conhecimento dela pois é um profissional, mas a desconsidera. Não se confunde inobservância de regra técnica com imperícia. No caso do aumento de pena, o agente conhece a regra técnica, porém deixa de observá-la; enquanto na imperícia, que pressupõe inabilidade ou insuficiência profissional, ele não a conhece, não domina conhecimentos técnicos (*Curso de Direito Penal*, vol. 2, parte especial, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101).

Rogério Greco, por sua vez, assim comenta o incremento previsto na lei penal:

No homicídio culposo, a inobservância de regra técnica faz com que a pena aplicada ao agente seja majorada em um terço. Esse substancial aumento se deve ao fato de que o agente, mesmo tendo os conhecimentos das técnicas exigidas ao exercício de sua profissão, arte ou ofício, não os utiliza por leviandade, sendo maior, portanto, o juízo de reprovação que deve recair sobre o seu comportamento (*Curso de Direito Penal. Parte Especial II*. 7. ed., Niterói, RJ: Impetus, 2010, fl. 168).

Extrai-se da jurisprudência pátria:

Não se presta à exclusão da circunstância especial de aumento de pena, no homicídio culposo, a alegação de que as lesões causaram a morte imediata da vítima. Com base nesse entendimento, a Turma indeferiu habeas corpus em que se pretendia afastar da condenação do paciente a aplicação do § 4º do art. 121 do CP [...], tendo em vista a morte instantânea da vítima. Considerou-se que o acusado tinha condições de promover ou auxiliar no socorro da vítima, o que não fizera. Salientou-se, ainda, que não cabia a ele proceder à avaliação quanto a eventual ausência de utilidade do socorro, e que tal interpretação acabaria por esvaziar o sentido da referida regra, no que toca à reprovação da omissão do agente. (STF, Habeas Corpus n. 84.380-MG, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 5/4/2005).

Da mesma forma já decidiu esta Corte:

CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ART. 121, § 4º, DO CÓDIGO PENAL. DELITO RESULTANTE DA INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DA PROFISSÃO. EXPURGO IMPOSSÍVEL. RECURSO DESPROVIDO. Se o homicídio culposo resulta da inobservância de regra técnica da profissão exercida pelo agente, tem aplicação a causa de aumento de pena inscrita no art. 121, § 4º, do Código Penal. (Apelação Criminal n. 2002.014368-0, de Xanxerê, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 29/4/2003).

Destarte, está provado nos autos que o homicídio culposo se verificou em decorrência da não observância das normas técnicas inerentes à profissão de bombeiro militar do acusado, o que importou na adição da majorante contida no § 4º, do art. 121, do Código Penal.

Ainda, requer a defesa o afastamento do efeito da condenação previsto no art. 92, inciso I, alínea “a”, do Código Penal, referente à perda do cargo, *“quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública”*.

Argumenta a defesa que a decisão que aplicou tal sanção não encontra-se devidamente motivada.

Entretanto, conforme consta à fl. 630, não há qualquer reparo a ser feito, posto que tal imposição penal foi devidamente fundamentada pelo Magistrado *a quo*, conforme segue:

Considerando que o crime foi cometido com violação de dever funcional, e porque preenchido o requisito objetivo previsto no artigo 92, inciso I, do Código Penal, aplico-lhe ainda a penalidade de perda do cargo e função pública, pois as circunstâncias do crime demonstram que se trata de indivíduo que não preenche os requisitos para exercer as funções de bombeiro.

Desta forma, não procede também este pleito defensivo.

No que toca ao pedido de concessão do benefício da justiça gratuita, não pode ser conhecido, por se tratar de matéria afeta ao Juízo da Condenação a ser discutida após o trânsito em julgado da condenação.

Acompanha-se o entendimento do Des. Alexandre d'Ivanenko, no julgamento da Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.052382-2. Do corpo do acórdão, transcreve-se o excerto que segue:

Com relação ao pedido de justiça gratuita, entendo que não pode ser decidido por este e. Tribunal sem que, antes disso, haja manifestação a respeito pelo juízo de primeiro grau, sob pena de supressão de instância.

Embora haja diversos julgados deste e. Tribunal de Justiça no sentido de que o juízo competente para decidir sobre justiça gratuita é o da execução penal, entendo que a análise sobre esse assunto cabe ao juízo da condenação, como se infere da leitura do Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça de Santa Catarina (arts. 514 e ss.) e das Orientações CGJ/SC n. 033, de 15/07/2010 (item 1.1.1).

O *caput* do art. 514 do Código de Normas da CGJ/SC determina que “Antes do arquivamento dos autos o escrivão fará levantamento preliminar de custas pendentes”, ou seja, extrai-se deste dispositivo legal que cabe ao escrivão ligado ao juízo da condenação intimar para pagamentos das custas e não ao cartório das execuções penais.

Caso não haja o pagamento, o mesmo escrivão lavrará certidão para inscrição em dívida ativa que deverá ser remetida, segundo o § 1.º do art. 516 daquele Código de Normas, “à Gerência de Arrecadação e Crédito Tributário – GERAR da Diretoria de Administração Tributária da Secretaria de Estado da Fazenda” e não à execução penal, como outrora já fora a procedimento.

Confirmando esse entendimento, as Orientações da Corregedoria Geral de Justiça de Santa Catarina n. 033, de 15 de julho de 2010, estipulam:

Encerrada, com a criação do PEC (definitivo), a competência do juízo da condenação, o cartório criminal deverá promover o arquivamento da ação penal e lançar a movimentação “005.01 – Processo arquivado definitivamente”. (CNCGJ, art. 317).

Antes do arquivamento da ação penal o cartório deve verificar a eventual pendência de custas ou multa penal, procedendo a cobrança. (CNCGJ, arts. 353 a 355 e 514 a 517). A GECOF procede a cobrança de custas após identificação do devedor e cálculo do Contador.

Sobre o momento para requerer a justiça gratuita, entendo que pode ser feito no prazo de 10 (dez) dias concedido para pagamento voluntário, ao juízo da condenação, razão pela qual, ainda há tempo para a defesa fazê-lo, nestes autos.

Ou seja, o momento oportuno para a constatação da hipossuficiência do réu se dá com a apuração do valor das custas, após a intimação para o pagamento das mesmas, a ser realizado no juízo da condenação.

À luz de todo o exposto, o voto é no sentido de conhecer parcialmente do recurso, e nesta parte negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação Criminal n. 2014.061710-7, de Jaraguá do Sul

Relator: Des. Carlos Alberto Civinski

PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL (LEI 8.137/1990, ART. 2º, II). MEDIDA CAUTELAR DE SEQUESTRO DE BENS. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA PESSOA JURÍDICA ADMINISTRADA PELO APELADO. SOCIEDADE EMPRESÁRIA QUE NÃO FIGURA NO POLO PASSIVO DA AÇÃO PRINCIPAL. INVIABILIDADE DO SEQUESTRO EM RELAÇÃO A ELA. INTELIGÊNCIA DO ART. 1º DO DECRETO-LEI 3.240/1941. ACOLHIMENTO DO PLEITO DE SEQUESTRO DE VALORES PERTENCENTES AO SÓCIO ADMINISTRADOR DA PESSOA JURÍDICA. REQUISITOS PREVISTOS NO DECRETO-LEI 3.240/1941 DEVIDAMENTE PREENCHIDOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

- De acordo com o art. 1º do Decreto-Lei 3.240/1941, somente estarão sujeitos à medida cautelar de sequestro as pessoas indiciadas por crime que resulte prejuízo à Fazenda Pública, motivo pelo qual é inviável o sequestro de bens de pessoa jurídica que nem sequer consta no polo passivo da ação penal.

- Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a medida cautelar de sequestro regulada pelo Decreto-Lei 3.240/1941 poderá ser deferida quando se verificar a existência de indícios veementes da responsabilidade penal e a indicação dos bens que devam ser objeto da constrição.

- Nos termos do art. 48, II, da Lei Complementar Estadual 575/2012, os Defensores Públicos do Estado de Santa Catarina são proibidos de receberem, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários advocatícios decorrentes do exercício do cargo público.

- Parecer da PGJ pelo conhecimento e o provimento do recurso.

- Recurso conhecido e parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2014.061710-7, da comarca de Jaraguá do Sul (Vara Criminal), em que é apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelado J. A. M.:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, para que seja deferida a medida cautelar de sequestro dos valores depositados em agências bancárias em nome de J. A. M., via sistema Bacen Jud, até a quantia de R\$ 158.910,28 (cento e cinquenta e oito mil, novecentos e dez reais e vinte e oito centavos). Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Desembargadora Marli Mosimann Vargas, com voto, e dele participou o Desembargador Paulo Roberto Sartorato.

Florianópolis, 4 de novembro de 2014.

Carlos Alberto Civinski
RELATOR

RELATÓRIO

Ação: medida cautelar de sequestro promovida pelo Ministério Público contra J. A. M., na condição de sócio administrador de R. F. Ltda., no qual requereu o sequestro do valor de R\$ 158.910,28 (cento e cinquenta e oito mil, novecentos e dez reais e vinte e oito centavos) em quantias depositadas em contas-correntes pertencentes aos requeridos, em razão da prática, em tese, do crime previsto no art. 2º, II, da Lei 8.137/1990, por 30 (trinta) vezes, na forma dos arts. 69 e 71, ambos do Código Penal (fls. 2-8).

Decisão interlocutória: a Juíza de Direito Anna Finke Suszek indeferiu o pedido de medida cautelar de sequestro (fls. 119-120).

Recurso de apelação do Ministério Público: reiterou o pedido de sequestro de bens e valores depositados em conta-bancárias do recorrido e da respectiva sociedade empresária, ao argumento de que:

a) o sequestro de valores da sociedade empresária garantirá o ressarcimento aos cofres públicos; é temerário o argumento de que seriam inviabilizadas as atividades empresariais, pois inexistem dados concretos sobre o ativo e o passivo da pessoa jurídica, em especial de capital bancário, os quais são sujeitos a sigilo;

b) não merece prosperar a alegação de que os valores existentes nas contas-bancárias do apelado possuam caráter alimentar sem o indicativo de que o total a ser encontrado possua esta natureza; tal circunstância somente poderá ser constata com o bloqueio dos valores.

Requeru o sequestro de valores depositados em agências bancárias em nome do recorrido J. A. M. e da sociedade empresária R. F. Ltda., diante da existência de indícios da prática do crime previsto no art. 2º, II, da Lei 8.137/1990. Sucessivamente, pleiteou o bloqueio de 30% (trinta por cento) dos valores contidos nas contas da sociedade empresária (fls. 121 e 124-134).

Contrarrazões: J. A. M., na qualidade de sócio administrador da sociedade empresária R. F. Ltda., apresentou contrarrazões, com amparo nos seguintes argumentos:

a) a medida cautelar carece de plausibilidade do direito substancial (*fumus boni iuris*), pois não se pode tipificar penalmente uma conduta resumida a um débito fiscal, servindo o direito penal como sucedâneo de execução fiscal; a ausência de recolhimento do tributo implica em mero inadimplemento fiscal;

b) não está presente o fundado temor (*periculum in mora*) de que ocorram fatos que prejudiquem a apreciação da ação principal ou frustrem sua execução;

c) a concessão da medida cautelar poderá inviabilizar as atividades empresariais da sociedade empresária e do prejuízo de ordem alimentar;

d) impõe-se a fixação de honorários advocatícios, pois o apelado presumivelmente não se trata de pessoa hipossuficiente.

Dessa forma, requereu o conhecimento e o desprovimento do recurso; a fixação de honorários advocatícios e a intimação na forma prevista nos arts. 128, I, da Lei Complementar Federal 80/1994, e art. 46, I, da Lei Complementar Estadual 575/2012 (fls. 160-174).

Parecer da PGJ: o Promotor de Justiça convocado Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti opinou pelo conhecimento e o provimento do recurso (fls. 179-182).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

O Ministério Público interpôs recurso de apelação no qual objetiva a reforma da decisão que indeferiu o sequestro de valores depositados em contas-bancárias em nome de J. A. M. e R. F. Ltda., até a quantia de R\$ 158.910,28 (cento e cinquenta e oito mil, novecentos e dez reais e vinte e oito centavos), em razão da prática, em tese, do crime previsto no art. 2º, II, da Lei 8.137/1990, por 30 (trinta) vezes, na forma dos arts. 69 e 71, ambos do CP.

O pedido formulado pelo apelante encontra amparo no Decreto-Lei 3.240/1941, o qual sujeita à medida cautelar em comento os bens de pessoas indiciadas por crimes que possam resultar locupletamento ilícito para estas e prejuízo à Fazenda Pública, a teor do art. 1º do aludido Decreto-Lei.

O Ministério Público é o órgão legitimado para o ajuizamento da presente ação, nos termos do art. 2º da referida norma, de modo que não há se cogitar a sua ilegitimidade ativa, porquanto

“Esta Corte, sistematicamente, tem reiterado que “o patrimônio público é interesse de todos, não exclusivo da Fazenda Pública” e, agindo o Ministério Público na sua defesa, “não se trata de representação judicial das entidades públicas, prática vedada pelo art. 129, inciso IX, da Constituição Federal, mas de nítida defesa do interesse público primário, de cunho social, uma vez que a lesão ao erário atinge diretamente os cidadãos contribuintes, dada a óbvia redução da verba pública destinada à consecução dos objetivos assegurados pela Lei Maior” (Des. Jorge Schaefer Martins)” (Apelação Criminal 2013.011829-7, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 23.4.2013).

Tecidas tais considerações, verifica-se, inicialmente, que o recurso interposto pelo Ministério Público não comporta provimento no que tange ao pleito de sequestro dos valores depositados em agências bancárias em nome da pessoa jurídica Sunshine Indústria Química e Comércio Ltda., uma vez que esta não integra o polo passivo do processo principal e, com efeito, o sequestro de seus bens encontra óbice no art. 1º do Decreto-Lei 3.240/1941, o qual menciona que somente estarão sujeitos à presente medida as pessoas indiciadas por crime que resulte prejuízo à Fazenda Pública (fl. 13).

É este, também, o posicionamento prevalecente nas Câmaras Criminais deste Tribunal de Justiça, vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. SONEGAÇÃO FISCAL. MEDIDA CAUTELAR DE SEQUESTRO PREVISTA NO DECRETO-LEI 3.240/41. PEDIDO DE RESTRIÇÃO DO PATRIMÔNIO DE PESSOA JURÍDICA E DE SEU ADMINISTRADOR. PLEITO DENEGADO PARA PRESERVAR AS ATIVIDADES DA EMPRESA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECORRIDO DENUNCIADO POR INFRAÇÃO AO ART. 1º, I E II, DA LEI 8.137/90 DE FORMA CONTINUADA. CRIME QUE RESULTA PREJUÍZO À FAZENDA PÚBLICA. INDÍCIOS VEEMEN-

TES DA RESPONSABILIDADE. REQUISITOS DO DECRETO-LEI 3.240/41 PREENCHIDOS. SEQUESTRO DEFERIDO. **IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE EXTENSÃO DA RESTRIÇÃO AO PATRIMÔNIO DA PESSOA JURÍDICA, QUE NEM SEQUER CONSTA NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. PREVISÃO DE MEDIDA CAUTELAR ESPECÍFICA NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA PARA INDISPONIBILIDADE DE BENS DE SUJEITO PASSIVO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO** (Apelação Criminal 2012.012685-1, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Torres Marques, j. em 21.8.2012, v.u.). (grifado)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/90). MEDIDA CAUTELAR DE SEQUESTRO DE BENS E VALORES (DECRETO-LEI N. 3.240/1941). PEDIDO INDEFERIDO. RECURSO MINISTERIAL.

PEDIDO DE CONSTRIÇÃO DE BENS E VALORES DEPOSITADOS EM CONTAS BANCÁRIAS DE PROPRIEDADE DA EMPRESA DA QUAL O DENUNCIADO É SÓCIO-ADMINISTRADOR EXCLUSIVO. INVIABILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA PESSOA JURÍDICA ADMINISTRADA PELO APELADO. EXEGESE DO ART. 1º DO DECRETO-LEI N. 3.240/1941. ADEMAIS, PREVISÃO DE MEDIDA CAUTELAR ESPECÍFICA NA LEI N. 8.397/1992 PARA INDISPONIBILIDADE DE BENS DE SUJEITO PASSIVO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA.

PEDIDO DE CONSTRIÇÃO DE BENS E VALORES DO SÓCIO-ADMINISTRADOR. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO A QUO DEVIDO A AUSÊNCIA DE PROVAS DE RISCO DE DILAPIDAÇÃO DO PATRIMÔNIO PARA FRUSTRAR O RESSARCIMENTO DA QUANTIA SONEGADA EM CASO DE DECRETO CONDENATÓRIO. IRRELEVÂNCIA DE TAL CIRCUNSTÂNCIA. REQUISITOS DESCRITOS NO ART. 3º DO DECRETO-LEI N. 3.240/41 DEVIDAMENTE EVIDENCIADOS. AUSÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5, LIV E LVII, DA CF). REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE (Apelação Criminal 2014.020912-0, Primeira Câmara Criminal, Rel.^a Des.^a Marli Mosimann Vargas, j. em 22.4.2014, v. u.).

Deve-se ressaltar que, em relação à indisponibilidade dos bens da pessoa jurídica, a Fazenda Pública dispõe de medida cautelar fiscal regulada pela Lei 8.397/1992, a qual poderá ser intentada contra o sujeito passivo do crédito tributário a partir do momento da sua constituição.

De outro vértice, o recurso merece provimento no que tange ao sequestro de valores depositados em agências bancárias em nome de J. A. M., sócio administrador da sociedade empresária R. F. Ltda.

Isso porque o Decreto-Lei 3.240/1941 tem sistemática própria, de modo que os requisitos à concessão da medida cautelar nele previstos são mais brandos do que aqueles descritos ao deferimento das medidas assecutorias insertas nos art. 125 a 144-A, todos do Código de Processo Penal.

Consoante dispõe o art. 3º do Decreto-Lei 3.240/1941,

“para a decretação do sequestro é necessário que haja indícios veementes da responsabilidade, os quais serão comunicados ao juiz em segredo, por escrito ou por declarações orais reduzidas a termo, e com indicação dos bens que devam ser objeto da medida.

Logo, é despicienda a comprovação do *periculum in mora*.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não dissente:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CAUTELAR DE SEQUESTRO DE BENS. DECRETO LEI Nº 3.240/41. LEGALIDADE DA MEDIDA CONSTRITIVA. [...]

4. O art. 3º do Decreto Lei nº 3.240/41 estabelece para a decretação do sequestro ou arresto de bens imóveis e móveis a observância de dois requisitos: a existência de indícios veementes da responsabilidade penal e a indicação dos bens que devam ser objeto da constrição.

6. Com efeito, o sequestro ou arresto de bens previsto na legislação especial pode alcançar, em tese, qualquer bem do indiciado ou acusado por crime que implique prejuízo à Fazenda Pública, diferentemente das idênticas providên-

cias cautelares previstas no Código de Processo Penal, que atingem somente os bens resultantes do crime ou adquiridos com o proveito da prática delituosa.

7. Tem-se, portanto, um tratamento mais rigoroso para o autor de crime que importa dano à Fazenda Pública, sendo irrelevante, na hipótese, o exame em torno da licitude da origem dos bens passíveis de constrição.

8. No que diz respeito à suposta violação do art. 133 do Código de Processo Penal, observa-se que tal questão não foi objeto de análise pelo Tribunal a quo, não estando, assim, prequestionada (Súmula nº 282/STF). Ainda que assim não fosse, os bens móveis, fungíveis e passíveis de deterioração, podem ser vendidos antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ex vi do art. 137, § 1º, do CPP, a fim de assegurar futura aplicação da lei penal.

9. Recurso especial conhecido e, nessa extensão, negado-lhe provimento (REsp 1.124.658/BA, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. em 17.12.2009, v.u.). (grifado)

Da análise dos autos, nota-se a presença de indícios veementes da prática do crime previsto no art. 2º, II, da Lei 8.137/1990, pois o apelado J. A. M., na condição de sócio administrador da pessoa jurídica R. F. Ltda., deixou, em tese, de efetuar o recolhimento à Fazenda Pública, nos meses de junho a setembro, novembro e dezembro/2009, setembro a dezembro/2010, janeiro a dezembro/2011, e janeiro a agosto/2012, da quantia de R\$ 158.910,28 (cento e cinquenta e oito mil, novecentos e dez reais e vinte e oito centavos), decorrente do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

A falta de recolhimento do tributo deu ensejo à emissão das notificações fiscais 126030053196, 126030053200, 126030323959 e 126030354269.

Como narrou o apelante, não merece prosperar, por ora, a alegação de que os valores existentes em contas-bancárias do apelado possuam caráter alimentar sem indicativo de que o total a ser encontrado possua esta natureza; tal circunstância somente poderá ser constatada com o respectivo bloqueio dos valores.

Essas circunstâncias evidenciam o preenchimento do requisito previsto no art. 3º do Decreto-Lei 3.240/1941, porque evidenciados indícios veementes da prática de crime que resulte prejuízo ao erário, bem como porque o pleito formulado pelo Ministério Público está devidamente instruído com a descrição dos bens passíveis de serem alvos da presente medida.

É importante salientar que a medida cautelar não implica violação ao princípio constitucional da presunção da inocência (CF, art. 5º, LVII), na medida em que configurada a hipótese autorizadora do bloqueio de bens prevista no Decreto-Lei 3.240/1941, o qual foi recepcionado pela ordem constitucional vigente.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990). MEDIDA CAUTELAR DE SEQUESTRO DE BENS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU A INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, QUANTO À EMPRESA. MEDIDA INCIDENTAL QUE DEVE GUARDAR SEMELHANÇA COM A PRINCIPAL. ILEGITIMIDADE DA PESSOA JURÍDICA PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA AÇÃO PENAL DE SONEGAÇÃO FISCAL. MEDIDA QUE AGUARDA A PROLAÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA PARA EFETIVAR A PERDA DOS BENS EM FAVOR DA FAZENDA PÚBLICA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA NESTE PONTO.

NO QUE TOCA AO ACUSADO, PLEITO MINISTERIAL ACOLHIDO. **PREENCHIMENTO DE TODOS OS REQUISITOS DO DECRETO-LEI N. 3.240/41. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA QUE NÃO OBSTA O DEFERIMENTO DO SEQUESTRO DE BENS E VALORES. PESSOA INDICIADA POR CRIME DE QUE RESULTA PREJUÍZO PARA A FAZENDA PÚBLICA. SENTENÇA REFORMADA.**

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Criminal 2012.016250-3, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. em 19.6.2012, v.u.). (grifado)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/90). MEDIDA CAUTELAR DE SEQUESTRO DE BENS E VALORES (DECRETO-LEI N. 3.240/1941). PEDIDO INDEFERIDO. RECURSO MINISTERIAL. PEDIDO DE CONSTRUÇÃO DE BENS E VALORES DO SÓCIO-ADMINISTRADOR. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO A QUO DEVIDO A AUSÊNCIA DE PROVAS DE RISCO DE DILAPIDAÇÃO DO PATRIMÔNIO PARA FRUSTRAR O RESSARCIMENTO DA QUANTIA SONEGADA EM CASO DE DECRETO CONDENATÓRIO. IRRELEVÂNCIA DE TAL CIRCUNSTÂNCIA. **REQUISITOS DESCRITOS NO ART. 3º DO DECRETO-LEI N. 3.240/41 DEVIDAMENTE EVIDENCIADOS. AUSÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5, LIV E LVII, DA CF). REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. [...]** RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE (Apelação Criminal 2013.014729-8, Primeira Câmara Criminal, Rel.^a Des.^a Marli Mosimann Vargas, j. 23.4.2013, v.u.). (grifado)

Por fim, destaca-se que a penhora de valores depositados em contas-bancárias também se justifica em razão da certidão negativa de bens imóveis em nome do recorrente na comarca em que ele reside (fl. 11)

Dessa forma, impõe-se o deferimento da medida cautelar em relação ao apelado J. A. M.

Dos honorários advocatícios

A Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, em sede de contrarrazões, requer a fixação de honorários advocatícios, pois o apelo presumivelmente não se trata de pessoa hipossuficiente.

O art. 2º da Lei Complementar Estadual 575, de 2 de agosto de 2012, que criou a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, dispõe que:

Art. 2º Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, de acordo com os critérios a serem fixados pelo Conselho Superior da Defensoria Pública.

O art. 48, II, da mesma legislação, estabelece a proibição de os Defensores Públicos Estaduais receberem verba honorária decorrente do exercício do cargo público:

Art. 48. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público e das contidas na Constituição Estadual, aos Defensores Públicos é vedado:

I - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

A Lei Complementar Federal 80, 12 de janeiro de 1994, que trata da organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências, em seu art. 4º, I, prevê que:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

O art. 130, III, da referida lei, trata da proibição de os membros da Defensoria Pública dos Estados receberem honorários advocatícios em razão de suas atribuições:

Art. 130. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública dos Estados é vedado:

III - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições;

O art. 135 da Constituição Federal menciona que os “servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º”, que trata da remuneração em “subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI”.

Dos referidos dispositivos legais, é possível extrair que a Defensoria Pública deverá prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, que, na forma do art. 2º, parágrafo único, da Lei 1.060/19050,

são aqueles que, “cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

A condição de necessitado isenta o cidadão do pagamento dos honorários advocatícios (Lei 1.060/1950, art. 3º, V), o que, no entanto, não permite o pagamento de honorários pela atuação da Defensoria Pública, nos termos da legislação supracitada.

A Defensoria Pública alega que o recorrido J. A. M. presumivelmente não se trata de pessoa hipossuficiente.

É cediço que o art. 263, parágrafo único, do Código de Processo Penal, estabelece que:

Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

Parágrafo único. O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.

Os elementos dos autos, em princípio, evidenciam que o recorrente é empresário, situação que poderia presumir que ele não se enquadra no conceito de necessitado.

Essa circunstância, contudo, deveria ter sido verificada pela Defensoria Pública por ocasião da sua nomeação para atuar no feito (fl. 159). O contrato social da sociedade empresária da qual o recorrido é sócio administrador já se encontrava nos autos à época da nomeação (fls. 112-116).

Bastava uma análise perfunctória dos autos para essa constatação, inclusive porque, diante do indeferimento do pedido cautelar, a manifestação realizada pela Defensoria Pública não era urgente.

Não se desconhece que o verbete 421 da súmula de jurisprudência do STJ dispõe apenas sobre a impossibilidade de a Defensoria Pública

receber honorários quando atua contra a pessoa jurídica da qual ela pertença, vejamos:

Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.

Todavia, tal orientação jurisprudencial não se aplica ao caso dos autos em razão de todas as conclusões acima expostas.

Dessa forma, com fundamento nas proibições das legislações anteriormente referidas e nas conclusões ora expostas, nega-se provimento ao pedido de honorários advocatícios.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, para que seja deferida a medida cautelar de sequestro dos valores depositados em agências bancárias em nome de J. A. M., via sistema Bacen Jud, até a quantia de R\$ 158.910,28 (cento e cinquenta e oito mil, novecentos e dez reais e vinte e oito centavos).

Este é o voto.

Apelação Criminal n. 2014.058748-8, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Carlos Alberto Civinski

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO (LEI 8.137/1990, ART. 7º, IX C/C ART. 18, § 6º, II, DA LEI 8.078/1990). MANUTENÇÃO EM DEPÓSITO E EXPOSIÇÃO À VENDA DE RELÓGIOS, BOLSAS FEMININAS, ÓCULOS DE SOL, CHAVEIROS, ROUPAS, CAPAS FEMININAS, CANETAS, CARTEIRAS E CINTOS FALSIFICADOS. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA (CPP, ART. 397, III). AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA. PROVA PERICIAL QUE NÃO ATESTOU A IMPROPRIEDADE DOS PRODUTOS APREENDIDOS. SENTENÇA CONFIRMADA POR FUNDAMENTO DIVERSO (CPP, ART. 395, III).

- A ação penal na qual se imputa a prática do crime de manter em depósito e expor à venda produto impróprio ao consumo ante a falsificação das mercadorias instruída sem prova pericial que atesta a sua impropriedade não apresenta lastro probatório mínimo, o que impõe a aplicação do art. 395, III, do Código de Processo Penal.

- Parecer da PGJ pelo conhecimento e o provimento do recurso.

- Recurso conhecido e parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2014.058748-8, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara Criminal), em que é apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelada Maiara Cristina Scalabrin:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento apenas para alterar o fundamento da sentença absolutória. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Desembargador Paulo Roberto Sartorato, com voto, e dele participou o Desembargador José Everaldo Silva.

Florianópolis, 11 de novembro de 2014.

Carlos Alberto Civinski
RELATOR

RELATÓRIO

Denúncia: o Ministério Público ofereceu denúncia em face de Maiara Cristina Scalabrin, dando-a como incurso nas sanções do art. 7º, IX, da Lei 8.137/1990, cumulado com o art. 18, § 6º, II, da Lei 8.078/1990, em razão dos seguintes fatos:

Consta no inquérito policial anexo que no dia 31 de agosto de 2011, às 09h30min., em uma sala comercial localizada na Terceira Avenida, n. 896, sala 04, Centro, nesta Cidade e Comarca, a denunciada Maiara Cristina Scalabrin, mantinha em depósito para expor à venda, em condições impróprias ao consumo, diversas mercadorias falsificadas consistentes em: 222 (duzentos e vinte e dois) relógios, 534 (quinhentos e trinta e quatro) bolsas femininas, 94 (noventa e quatro) óculos de sol, 200 (duzentas etiquetas da marca Diesel, 02 (dois) chaveiros de pêlo, 36 (trinta e seis) blusas de malha, 75 (setenta e cinco) capas femininas, 27 (vinte e sete) canetas, 05 (cinco) carteiras, 07 (sete) cintos, entre outros produtos, conforme laudo pericial de fls. 83/99, e que foram apreendidas pela autoridade policial (fls. I/IV).

Sentença: o Juiz de Direito Gilmar Antônio Conte absolveu sumariamente o acusado, com fundamento no art. 397, III, do Código de Processo Penal (fls. 136-141).

Trânsito em julgado: muito embora não certificado pelo Juízo *a quo*, verifica-se que a sentença transitou em julgado para a defesa.

Recurso de apelação do Ministério Público: a acusação interpôs recurso de apelação, no qual sustentou:

a) não é necessário que os produtos falsificados sejam impróprios à saúde humana para a configuração do delito descrito na denúncia; o tipo penal visa proteger as relações de consumo, ou seja, a sociedade como um todo; o termo “falsificado” é espécie do gênero “produtos impróprios para o consumo”, descrito no art. 18, § 6º, do Código de Defesa do Consumidor, o qual é utilizado como complemento à norma penal em branco do art. 7º, IX, da Lei 8.137/1990;

b) o fato de o laudo pericial de fls. 83-99 atestar que os bens apreendidos são reprodução do original demonstra que eles não são próprios para o consumo; os óculos falsificados, por exemplo, podem trazer sérios prejuízos para a saúde visual do futuro comprador.

Requeru o conhecimento e o provimento do recurso para cassar a sentença e condenar a acusada pela prática do crime narrado na denúncia (fls. 146-151).

Contrarrazões de Maiara Cristina Scalabrin: a defesa impugnou as razões recursais, ao argumento de que se exige, além da perícia, prova da impropriedade do produto falsificado para a configuração do crime descrito no art. 7º, IX, da Lei 8.137/1990; não se pode afirmar que todos os produtos são impróprios ao consumo somente pelo fato de serem falsificados.

Postulou a manutenção da sentença que absolveu sumariamente a acusada (fls. 158-175).

Parecer da PGJ: a Procuradora de Justiça Cristiane Rosália Maestri Böell opinou pelo conhecimento e o provimento do recurso (fls. 181-185).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Discute-se em sede recursal se a manutenção em depósito para exposição à venda de relógios, bolsas femininas, óculos de sol, chaveiros, roupas, capas femininas, canetas, carteiras e cintos falsificados constituem crimes contra as relações de consumo ou se o bem jurídico tutelado é mera violação à propriedade industrial.

A respeito da matéria, a jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de que a perícia deverá atestar que o produto é falsificado

e, também, impróprio ao consumo, ao argumento de que não se pode considerar que todos os produtos falsificados são impróprios para serem usufruídos pelo consumidor.

Nesse sentido, colhem-se os seguintes precedentes:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO. EXPOSIÇÃO À VENDA DE MERCADORIAS FALSIFICADAS (ART. 7º, IX, DA LEI N. 8.137/90). SENTENÇA QUE DECIDIU PELA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DO ACUSADO. RECURSO MINISTERIAL. SUSTENTADA A PRESCINDIBILIDADE DE EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NORMA PENAL EM BRANCO, QUE ENCONTRA COMPLEMENTAÇÃO NO ART. 18, § 6º, DA LEI N. 8.078/90 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR). INCISOS INDEPENDENTES ENTRE SI. HIPÓTESES PREVISTAS NO INCISO II QUE, EM REGRA, DEMANDAM, PARA A SUA CONFIGURAÇÃO, A REALIZAÇÃO DE PROVA TÉCNICA. FALSIFICAÇÃO DOS PRODUTOS (PEÇAS DE ROUPAS) QUE NÃO IMPLICA, NECESSARIAMENTE, A IMPROPRIEDADE DESTES PARA O CONSUMO. MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA. FATOS QUE MELHOR SE SUBSOMEM AOS TIPOS PENAIIS QUE DESCREVEM OS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL. IMPOSSIBILIDADE, TODAVIA, DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO SOB ESSA NOVA CAPITULAÇÃO. DELITOS QUE SE PROCESSAM MEDIANTE QUEIXA. DICÇÃO DO ART. 199 DA LEI N. 9.279/96. DECISÃO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. O delito tipificado no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90 é considerado norma penal em branco, cujo complemento encontra previsão no artigo 18, parágrafo 6º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que, por sua vez, estabelece uma multiplicidade de circunstâncias passíveis de caracterizar a impropriedade para o consumo, independentes entre si, bastando, para a configuração do delito, a presença de qualquer uma delas, mesmo que de forma isolada.

Assim, ainda que se possa dispensar a realização de prova técnica para a verificação da situação estabelecida no inciso I - por ser circunstância de ordem nitidamente objetiva -, o mesmo não ocorre, em regra, em relação aos incisos II e III.

Para que haja prova de que um produto encontrava-se impróprio para o consumo por ter sido sujeito à falsificação - como ocorre no caso em tela -, é imprescindível a realização de exame pericial específico a atestar não apenas a contrafação como, também, a impropriedade referida no tipo penal.

2. De outra parte, ainda que se pudesse cogitar a subsunção dos fatos noticiados aos tipos penais que dispõem sobre os crimes contra a propriedade industrial, estaria obstada a persecução penal nos presentes autos por serem referidos delitos sujeitos a ação penal privada (Apelação Criminal 2013.074991-3, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. em 04.2.2014, v.u.).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES CONTRA RELAÇÃO DE CONSUMO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL CONTRA REJEIÇÃO DA DENÚNCIA COM BASE NO ARTIGO 395, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA ESPECÍFICA PARA ATESTAR A IMPROPRIEDADE DA MERCADORIA PARA CONSUMO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO DESPROVIDO (Recurso Criminal 2013.061144-9, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. José Everaldo Silva, j. em 18.2.2014, v.u.).

RECURSO CRIMINAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. DECISUM CALCADO NA FALTA DE CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL. ART. 395, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DENUNCIADO QUE MANTINHA EM DEPÓSITO E EXPUNHA À VENDA 476 (QUATROCENTAS E SETENTA E SEIS) PEÇAS DE ROUPAS FALSIFICADAS. APREENSÃO DE PRODUTOS CONTRA FEITOS QUE NÃO CARACTERIZA CRIME CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO, MAS SIM A PROPRIEDADE INDUSTRIAL. PRECEDENTES. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO (Recurso Criminal 2013.072733-3, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 25.02.2014, v.u.).

Não há dúvida de que o produto falsificado está inserido entre os produtos impróprios ao consumo no que diz respeito às normas consu-

meristas, entretanto, para que seja demonstrada a materialidade delitiva do crime previsto no art. 7º, IX, da Lei 8.137/1990, cuja complementação típica esteja inserta no art. 18, § 6º, II, da Lei 8.078/1990, têm-se exigido a prova pericial.

No caso em apreço, foram encaminhadas para perícia todas as mercadorias descritas às fls. 85-89, porém, a prova pericial atestou a falsificação de apenas parte dos produtos, vejamos as conclusões:

Os materiais que puderam ser analisados apresentam características divergentes às características de autenticidade.

Dentre os produtos analisados, verifica-se que há materiais (RAYBAN, LOUIS VUITTON, MONTBLANC) que possuem elementos que caracterizam reproduções de produtos originais, isto é, quando produzidos a partir de um modelo já existente no mercado, apresentando inclusive a estampa que caracteriza a marca do produto original.

Apesar de parte dos materiais analisados apresentar qualidade superior a das falsificações comumente encontradas no mercado, pode-se concluir, com base nos padrões de confronto e consultas aos representantes de marca, tratar-se de produtos falsificados.

Os produtos que não puderam ser comparados por falta de padrões de confronto ficaram sem conclusão a respeito da autenticidade ou não dos mesmos (fls. 83-98). (grifado)

A perícia concluiu a falsificação de determinados objetos, sem atestar, contudo, a sua impropriedade ao consumo humano.

Não há dúvida de que a conduta de vender mercadoria falsificada constitui infração penal tanto contra as relações de consumo como contra a propriedade industrial.

Deve-se examinar apenas os elementos concretos para conferir a correta capitulação jurídica.

Na hipótese, observa-se falta de justa causa para o exercício da ação penal, porque a perícia não concluiu pela impropriedade dos produ-

tos, ou seja, o fundamento da absolvição está equivocado, pois impede a deflagração de novo procedimento caso existam novas provas. Outrossim, adequado reconhecer a extinção do processo, com fulcro no art. 395, III, do CPP.

É cediço que justa causa é o lastro probatório mínimo para a propositura da ação penal, ou seja, a existência de elementos de cognição que permitam aferir indícios de materialidade e autoria delitivas.

A falta de conclusão da perícia acerca da impropriedade das mercadorias exclui qualquer elemento indiciário relacionado à materialidade delitiva do crime previsto no art. 7º, IX, da Lei 8.137/1990, o que não implica dizer que a conduta não constitui infração penal.

Não se desconhece que esta Primeira Câmara Criminal posicionou-se no sentido de que a simples apreensão de produtos falsificados não caracteriza o delito apontado pela denúncia, mas aquele previsto no art. 190, I, da Lei 9.279/1996, qual seja, crime contra a propriedade industrial, vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. AGENTE QUE MANTÉM EM DEPÓSITO E EXPÕE À VENDA ÓCULOS DE SOL FALSIFICADOS. DENÚNCIAÇÃO PELA PRÁTICA DE CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO (ARTIGO 7º, IX, DA LEI N. 8.137/90, C/C ARTIGO 18, §6º, II, PRIMEIRA PARTE, DA LEI N. 8.078/90). ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA PELA AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL À RESPEITO DA CONSTATAÇÃO DE QUE OS PRODUTOS APREENDIDOS MOSTRAVAM-SE INAPROPRIADOS AO CONSUMO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA À RETOMADA DA INSTRUÇÃO DO FEITO ATÉ FINAL JULGAMENTO DA AÇÃO. PRETENSÃO INACOLHIDA. CONDUTA QUE SE SUBSUME AO TIPO DESCRITO NO ARTIGO 190, I, DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - LEI N. 9.279/96. NORMA ESPECÍFICA, APLICÁVEL À CONDUTA PERPETRADA PELA DENUNCIADA, PROCESSADA POR MEIO DE AÇÃO PENAL PRIVADA. SENTENÇA MANTIDA

POR RAZÕES DIVERSAS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Criminal 2014.004484-7, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. José Everaldo Silva, j. em 30.9.2014, v.u.). (grifado)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO. EXPOSIÇÃO À VENDA DE MERCADORIAS FALSIFICADAS (ART. 7º, IX, DA LEI N. 8.137/90). SENTENÇA QUE DECIDIU PELA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DO ACUSADO. RECURSO MINISTERIAL. SUSTENTADA A PRESCINDIBILIDADE DE EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NORMA PENAL EM BRANCO, QUE ENCONTRA COMPLEMENTAÇÃO NO ART. 18, § 6º, DA LEI N. 8.078/90 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR). INCISOS INDEPENDENTES ENTRE SI. HIPÓTESES PREVISTAS NO INCISO II QUE, EM REGRA, DEMANDAM, PARA A SUA CONFIGURAÇÃO, A REALIZAÇÃO DE PROVA TÉCNICA. FALSIFICAÇÃO DOS PRODUTOS (PEÇAS DE ROUPAS) QUE NÃO IMPLICA, NECESSARIAMENTE, A IMPROPRIEDADE DESTES PARA O CONSUMO. MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA. FATOS QUE MELHOR SE SUBSOMEM AOS TIPOS PENAIIS QUE DESCREVEM OS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL. IMPOSSIBILIDADE, TODAVIA, DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO SOB ESSA NOVA CAPITULAÇÃO. DELITOS QUE SE PROCESSAM MEDIANTE QUEIXA. DICÇÃO DO ART. 199 DA LEI N. 9.279/96. DECISÃO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. O delito tipificado no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90 é considerado norma penal em branco, cujo complemento encontra previsão no artigo 18, parágrafo 6º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que, por sua vez, estabelece uma multiplicidade de circunstâncias passíveis de caracterizar a impropriedade para o consumo, independentes entre si, bastando, para a configuração do delito, a presença de qualquer uma delas, mesmo que de forma isolada.

Assim, ainda que se possa dispensar a realização de prova técnica para a verificação da situação estabelecida no inciso I - por ser circunstância de ordem nitidamente objetiva -, o mesmo não ocorre, em regra, em relação aos incisos II e III.

Para que haja prova de que um produto encontrava-se impróprio para o consumo por ter sido sujeito à falsificação - como ocorre no caso em tela -, é imprescindível a realização de exame pericial específico a atestar não apenas a contrafação como, também, a impropriedade referida no tipo penal.

2. De outra parte, ainda que se pudesse cogitar a subsunção dos fatos noticiados aos tipos penais que dispõem sobre os crimes contra a propriedade industrial, estaria obstada a persecução penal nos presentes autos por serem referidos delitos sujeitos a ação penal privada (Apelação Criminal 2014.016762-6, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. em 1º.7.2014, v.u.). (grifado)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. MANTER EM DEPÓSITO E EXPOR À VENDA PRODUTOS FALSIFICADOS (ART. 7º, IX, DA LEI N. 8.137/90, C/C ART. 18, § 6º, II, PRIMEIRA PARTE, DA LEI N. 8.078/90). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO OBJETIVANDO O PROSSEGUIMENTO DO FEITO E A CONSEQUENTE PROLAÇÃO DE *DECISUM* CONDENATÓRIO. INVIABILIDADE. CONDUTA DE MANTER EM DEPÓSITO E EXPOR À VENDA PRODUTOS FALSIFICADOS QUE NÃO ESTÁ ELENCADE DENTRE AQUELAS ESTABELECIDAS NO ART. 18, § 6º, II, DA LEI N. 8.078/90. CONDUTA DOS AGENTES QUE SE ENCONTRAM INSERIDAS NA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (LEI 9.279/96). CRIME QUE SE PROCEDE MEDIANTE QUEIXA. ABSOLVIÇÕES MANTIDAS, MAS POR FUNDAMENTO DIVERSO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Criminal 2013.073846-0, Primeira Câmara Criminal, Rel.^a Des.^a Marli Mosimann Vargas, j. em 10.6.2014, v.u.). (grifado)

O delito previsto no art. 190, I, da Lei 9.279/1996, trata-se de matéria a ser processada por meio de ação penal privada (queixa-crime).

Ressalta-se, no entanto, que este Relator não compartilha do entendimento de que a simples apreensão de produtos falsificados configura, por si só, o crime descrito na Lei 9.279/1996, porquanto, diante da existência de novas provas, é possível a proposição de nova denúncia pela prática da conduta prevista no art. 7º, IX, da Lei 8.137/1990, o que impõe o reconhecimento da ausência de justa causa, nos termos do art. 395, III, do CPP.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e o parcial provimento do recurso apenas para alterar o fundamento da sentença absolutória.

Este é o voto.

Apelação Criminal n. 2012.055900-5, de Joinville

Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO TENTADO (ART. 157, § 3º, PARTE FINAL, C/C O ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDA A CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. RECONHECIMENTO JUDICIAL DOS ACUSADOS PELA VÍTIMA. DEPOIMENTOS DOS OFENDIDOS UNÍSSONOS E HARMÔNICOS. CONSUMADA SUBTRAÇÃO DO NUMERÁRIO. MORTE QUE NÃO SE CONSUMA POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À VONTADE DOS AGENTES. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Inviável a absolvição quando os elementos contidos nos autos, corroborados pelo reconhecimento judicial dos acusados, formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação.

2. *“Em se cuidando de crime complexo o roubo qualificado pelo resultado morte, é de se afirmar a sua forma tentada quando o crime-meio e o crime-fim não ultrapassam os limites da tentativa, precisamente porque no delito não se reúnem todos os elementos da sua definição legal (Código Penal, artigo 14, inciso I) (STJ, HC n. 29.218/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. 19/04/2005). [...]”* (TJSC - Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.017279-6, de Porto Belo, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 08/08/2013).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2012.055900-5, da comarca de Joinville (1ª Vara Criminal), em que é apelante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelado Gabriel França Torres e outro:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para condenar os acusados Gabriel França Torres e Mauri Avancini pela prática do delito descrito no art. 157, § 3º, segunda parte, na forma do art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, fixando a reprimenda dos réus nos termos da fundamentação. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Des. Marli Mosimann Vargas, com voto, e dele participou o Exmo. Des. José Everaldo Silva.

Funcionou na sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Rui Arno Richter.

Florianópolis, 16 de dezembro de 2014.

Paulo Roberto Sartorato
Relator

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público, com base no incluso Inquérito Policial, ofereceu denúncia contra Mauri Avancini e Gabriel França Torres, devidamente qualificados nos autos, dando-os como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, pelos fatos assim narrados na preambular acusatória, *in verbis* (fls. II/III):

No dia 06 de agosto de 1997, por volta das 20h, os denunciados, os quais estavam previamente mancomunados, entraram no Supermercado Irmãos Ribeiro, pertencente às vítimas Júlia Jurema do Nascimento, Daniel Paulo Ribeiro do Nascimento e Donato Paulo Ribeiro do Nascimento, e lá subtraíram, em proveito próprio, a quantia de R\$ 2.500,00 em dinheiro e vários cheques de terceiros.

A subtração se deu com grave ameaça e violência, ambas exercidas com o emprego de arma de fogo.

Tão logo entraram no local, o denunciado Gabriel, armado com um revólver, efetuou dois disparos à queima-roupa contra a vítima Daniel Paulo Ribeiro do Nascimento, que, atingida, foi ao solo. Diante disso a vítima Donato Paulo Ribeiro do Nascimento foi acudi-la, momento em que um disparo foi efetuado na direção dele, pelo mesmo denunciado, que desta vez errou a pontaria. Em seguida, os denunciados foram até o caixa e se apoderaram do numerário e dos cheques, instante em que outro disparo foi efetuado contra a vítima Daniel, em que pese esta continuasse prostrada no chão. Neste

momento a vítima Júlia Jurema do Nascimento, sua mãe, tentou ajudá-lo, quando foi impedida com uma arma colocada em sua cabeça.

Ato contínuo, os denunciados deixaram o local, efetuando mais dois disparos a esmo antes de lá saírem.

Em razão dos disparos, a vítima Daniel sofreu risco de vida e ficou paraplégica (lesões corporais graves), consoante indicam os exames de fls. 25/26.

Todos os disparos foram efetuados pelo denunciado Gabriel, que contou com o prestígio e apoio do denunciado Mauri. Os disparos foram efetuados com *animus necandi*, em regiões vitais e com a intenção de garantir a subtração dos bens, e os agentes somente não atingiram o resultado morte por circunstâncias alheias as suas vontades, pois a vítima Daniel foi socorrida e levada ao hospital.

Encerrada a instrução processual, o Magistrado *a quo* julgou improcedente a denúncia, para absolver os acusados da imputação descrita na inicial, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 202/206).

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação (fl. 207), pugnando, em suas razões, pela condenação dos acusados, ao argumento de que comprovada a prática do crime (fls. 208/213).

Em suas contrarrazões, a defesa do acusado Gabriel pugnou pelo conhecimento e desprovimento do recurso ministerial (fls. 233/237).

Após, os autos ascenderam a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge, opinado pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 241/244).

Verificada a ausência de contrarrazões do acusado Mauri, determinou-se a intimação da defesa para apresentação da aludida peça (fls. 246/247, 264, 270/271, 287/288 e 300/301), o que foi devidamente cumprido às fls. 306/311, oportunidade em que se requereu o conhecimento e desprovimento do recurso.

Em nova manifestação a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti, ratificou o parecer anteriormente emanado, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 313/314).

Este é o relatório.

VOTO

O presente recurso de apelação volta-se contra a sentença que, ao julgar improcedente a denúncia, absolveu os acusados Mauri Avancini e Gabriel França Torres das sanções do art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Pretende o representante do Ministério Público a condenação dos acusados, sob o argumento de que comprovada a prática do crime.

Ao concluir pela absolvição, o Magistrado *a quo* deixou de conferir valor probatório às palavras da vítima Daniel, registrando que o reconhecimento da fase policial não foi documentalmente formalizado pela autoridade policial.

Em análise do conjunto probatório apresentado nos autos, vê-se que a prática do crime restou, de fato, comprovada, não se sustentando o argumento utilizado pelo Togado sentenciante, mormente diante do depoimento judicial da vítima Daniel, que relatou em minúcias tanto o ocorrido como o reconhecimento levado a efeito na delegacia de polícia.

Extrai-se dos autos que, no dia 06/08/1997, a vítima Daniel fechava a porta de seu estabelecimento comercial, oportunidade em que os acusados adentraram no local, efetuando disparo de arma de fogo contra a vítima, que veio ao chão. Ao ouvir os barulhos de tiros, Donato, irmão de Daniel, aproximou-se do local, oportunidade em que se disparou contra ele. Ato contínuo, os acusados dirigiram-se ao caixa, subtraindo as quantias ali existentes, saindo do local e dando mais tiros em direção ao estabelecimento. Por conta dos disparos efetuados, a vítima Daniel sofreu lesões que o deixaram paraplégico.

Os pormenores da ação delitiva e o reconhecimento efetuado na delegacia de polícia foram minuciosamente descritos pela vítima Daniel Paulo Ribeiro do Nascimento, que em juízo disse que quando fechava a porta do estabelecimento dois agentes entraram e já deram dois tiros (00min57s), momento em que caiu, oportunidade em que recebeu o terceiro tiro (01min01s). Ato contínuo, os agentes subtraíram quantias dos caixas (01min13s). Afirmou que seu irmão também foi alvejado, mas o tiro não chegou a acertar (01min38s), salientando que o tiro foi dado quando seu irmão aproximou-se para lhe ajudar (01min55s). Disse que ao saírem do local, após subtraírem os caixas, os acusados deram mais um tiro para cima (02min47s) e um na porta, dado de fora para dentro do estabelecimento (02min51s), totalizando seis tiros (02min55s). Confirmou que em virtude dos tiros ficou paraplégico (03min06s) e que a ação foi praticada de cara limpa (03min12s), confirmando que são os acusados os responsáveis pelo crime (03min18s), dizendo que viu e que se lembra da fisionomia deles (03min21s), reconhecendo-os pessoalmente por ocasião da audiência de instrução e julgamento (03min54s), aduzindo que o primeiro reconhecimento foi realizado por fotografia (05min48s) e que mostradas as fotografias não reconheceu ninguém, pois os acusados não se encontravam em nenhuma das imagens (06min03s) e passado algum tempo foi novamente chamado para realizar o reconhecimento pessoal (06min09s), efetuado através do vidro (06min17s), salientando que os acusados estavam juntamente com outras quatro pessoas (06min25s), oportunidade em que os reconheceu como sendo os autores do crime (06min29s). Disse que conhecia os acusados de vista, pois uma semana antes dos fatos jogou futebol e os acusados estavam no local (08min45s), recordando-se deles depois do ocorrido (08min58s - mídia de fl. 170).

Registre-se que os crimes contra o patrimônio são, em sua maioria, cometidos na clandestinidade, longe dos olhos de possíveis testemunhas, razão pela qual as palavras da vítima, aliadas às demais provas, têm força probatória e autorizam a prolação do decreto condenatório.

O relato da vítima Daniel vêm integralmente confirmado pela narrativa prestada por seu irmão, também vítima da violência perpetrada pelos acusados. Donato Paulo Ribeiro do Nascimento, que em juízo disse que estava aos fundos do supermercado quando escutou os tiros (00min48s), recordando-se que inicialmente foram dois tiros (00min56s) e quando o sujeito o viu deu mais um tiro, mas não o atingiu (01min02s), salientando que foi dado mais um tiro, quando seu irmão caiu (01min05s), e ao sair do local foi dado mais um tiro pela porta (01min10s). Ao receber o tiro disse que recuou (01min32s), razão pela qual não viu o rosto dos agentes (01min36s), confirmando que eram dois sujeitos, observando um na porta e o outro com a arma (01min49s), confirmando que os agentes levaram dinheiro (02min23s - mídia de fl. 170).

A narrativa encontra respaldo, ainda, nas declarações da também vítima Júlia Jurema do Nascimento, que confirmou que seu filho Daniel fechava a porta do estabelecimento, oportunidade em que o sujeito entrou e atirou em Daniel, que caiu ao chão (00min55s), confirmando que os sujeitos não estavam encapuzados (01min42s) e que eram dois agentes (01min55s - mídia de fl. 170).

O crime, portanto, e a sua autoria restaram suficientemente comprovados, não havendo motivos para relativizar as palavras da vítima Daniel tão somente por conta da desídia da autoridade policial, que, por ocasião do reconhecimento pormenorizadamente relatado pela vítima, deixou de juntar o respectivo termo aos autos.

A desídia policial, aliás, é digna de nota, afinal além de não ter juntado o termo de reconhecimento, deixou o inquérito policial, datado com Portaria do ano de 1997 (fl. 02), sem qualquer movimentação ou realização de diligências por quase oito anos (fl. 04), situação que, em hipótese alguma, serve como elemento a enfraquecer o relato da vítima Daniel que, na fase judicial, relatou o reconhecimento efetuado logo após a prática do crime e, mais que isso, reconheceu ambos os acusados, sem

dúvidas ou titubeios, na audiência de instrução e julgamento, mesmo sob os protestos de um dos acusados, que insistia em dizer para o ofendido que se tratava de uma injustiça, o que, aliás, motivou a intervenção do juiz, que determinou que o réu se calasse (03min12s a 04min05s).

Nas palavras do eminente Procurador de Justiça, “*os relatos das vítimas são uniformes em descrever o modo como ocorreram, o número de disparos dados e a ordem em que os acontecimentos se deram, estando em conformidade com as declarações prestadas durante a investigação nesses pontos. Diante disso, não há dúvidas quanto à autoria do delito, visto que houve o reconhecimento dos apelados por parte da vítima Daniel, justamente aquele que esteve mais próximo aos acusados no momento dos fatos. Importa observar que em casos como o presente, relacionados ao delito de roubo, os elementos probatórios, como é cediço, restringem-se à prova oral, em especial o depoimento da vítima, que deve ser especialmente valorado*” (fls. 243/243-A).

Dessa forma, a negativa de autoria prestada pelos acusados na fase judicial mostra-se isolada no conjunto probatório (mídia de fl. 170). Aliás, a narrativa do acusado Gabriel encontra-se confrontante com o relato prestado na delegacia de polícia, oportunidade em que confessou ter praticado o crime em questão juntamente com o acusado Mauri (fl. 101), admitindo que “*com relação aos fatos ocorridos durante o assalto ao Mercado Dois Irmãos, em que participou junto com MAURI AVANCINI, confirma ter participado*”, fazendo, ao final, ligeira confusão ao mencionar a morte da vítima, referindo-se, assim, ao outro latrocínio que havia cometido.

Tal circunstância, a propósito, milita em desfavor do acusado, afinal acabou por admitir que cometeu, juntamente com o réu Mauri, dois latrocínios, na mesma cidade e na mesma época, conforme bem lembrou a douta Procuradoria de Justiça (fl. 244).

Relembrou o eminente Procurador, ainda, que “*está claro que no depoimento de fl. 101, quando o acusado Gabriel admitiu o cometimento de*

crime de latrocínio em conjunto com Mauri e falou na morte da vítima, referia-se ao outro crime cometido. Todavia, é pouco crível que ele admitiria ter cometido o crime especificamente no estabelecimento ‘Mercado Dois Irmãos’, se não tivesse estado lá. Assim, o que parece ter ocorrido em suas declarações é uma confusão dos fatos referentes aos dois crimes que cometeu” (fl. 244).

Assim, cabalmente comprovada a prática do crime de latrocínio tentado, mostrando-se patente a subtração de numerário e o dolo voltado à morte da vítima Daniel, uma vez que os acusados já adentraram no estabelecimento dando tiros, efetuando um disparo à queima-roupa contra a vítima, intenção que, por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, não se concretizou, deixando apenas sequelas na referida vítima.

Registre-se que “*em se cuidando de crime complexo o roubo qualificado pelo resultado morte, é de se afirmar a sua forma tentada quando o crime-meio e o crime-fim não ultrapassam os limites da tentativa, precisamente porque no delito não se reúnem todos os elementos da sua definição legal (Código Penal, artigo 14, inciso I)*” (STJ, HC n. 29.218/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. 19/04/2005). [...]” (TJSC - Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.017279-6, de Porto Belo, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 08/08/2013).

Este Relator, aliás, já decidiu que o crime de latrocínio fica evidenciado na medida em que resta “*inconsteste que o acusado tinha o dolo de subtração na conduta antecedente (roubo) e dolo na conduta subsequente (morte), preenchendo, assim, as elementares exigidas pelo tipo penal previsto no art. 157, § 3º, in fine, do Código Penal - o que somente não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade*” (TJSC - Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.055198-8, de Caçador, da lavra deste Relator j. em 11/11/2014), entendimento que foi igualmente manifestado quando do julgamento da Apelação Criminal n. 2011.055705-3, de Itajaí, da lavra deste Relator, j. em 10/12/2013).

Em casos semelhantes, este Tribunal também já decidiu:

APELAÇÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO TENTADO. (ART. 157, §3º, ÚLTIMA PARTE, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. TRÊS RECURSOS DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DEPOIMENTOS QUE CONFIRMAM A PARTICIPAÇÃO DOS RÉUS NA EMPREITADA CRIMINOSA. PROVAS ROBUSTAS A SUSTENTAR O DECRETO CONDENATÓRIO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE LATROCÍNIO TENTADO PARA LESÃO CORPORAL. INVIÁVEL. BEM JURÍDICO VIOLADO QUE É O PATRIMÔNIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO POR AUSÊNCIA DE DOLO DE OFENDER A INTEGRIDADE FÍSICA DAS VÍTIMAS. PRESENÇA DE *ANIMUS NECANDI*. VONTADE DE CAUSAR A MORTE DA VÍTIMA PRESENTE. DESNECESSIDADE DE SE VERIFICAR A GRAVIDADE DAS LESÕES. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO. PROVAS QUE DEMONSTRAM A INTENÇÃO DO RÉU EM SUBTRAIR OS BENS DA VÍTIMA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA DO ART. 157, § 3º, PRIMEIRA PARTE, DO CÓDIGO PENAL, SOB ALEGAÇÃO DE QUE NÃO HOUE RESULTADO MORTE. IMPOSSIBILIDADE. TENTATIVA DE ROUBO ALIADO A TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUE CARACTERIZA LATROCÍNIO TENTADO. RÉU QUE ATENTOU CONTRA A VIDA DAS VÍTIMAS PARA OBTER SUCESSO NO ROUBO. DISPAROS DE ARMA DE FOGO A QUEIMA-ROUPA EM DIREÇÃO DAS VÍTIMAS. INTENÇÃO DE MATAR PRESENTE. VIOLÊNCIA EMPREGADA A FIM DE CONSEGUIR EFETUAR A SUBTRAÇÃO DO PATRIMÔNIO. RESULTADO MORTE QUE NÃO OCORREU POR FATOS ALHEIOS A VONTADE DO AGENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.086939-4, de São Bento do Sul, Rel. Des. Substituta Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. em 30/10/2014).

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO NA FORMA TENTADA (ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). PLEITO DEFENSIVO. INÉPCIA DA DE-

NÚNCIA. INOCORRÊNCIA. INICIAL ACUSATÓRIA QUE ATENDE OS REQUISITOS DO ART. 41, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MÉRITO. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE LATROCÍNIO TENTADO PARA O DE ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO DE LESÃO CORPORAL GRAVE. IMPOSSIBILIDADE. PRESCINDIBILIDADE DO RESULTADO MORTE. PRESENÇA DE DOLO OU ASSUNÇÃO DO RISCO DE MORTE DA VÍTIMA COMO REQUISITOS SUFICIENTES PARA A SUBSUNÇÃO DA CONDUTA DO APELANTE AO TIPO PENAL DE LATROCÍNIO, NA FORMA TENTADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. [...] (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.019917-3, de Chapecó, Rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. em 24/06/2014).

Evidenciada a prática do delito, passa-se, então, à análise da reprimenda.

Registre-se, inicialmente, que, constatado que as circunstâncias do crime são idênticas aos réus, a dosimetria de ambos será realizada de maneira conjunta, ressaltando-se, em prestígio ao princípio da individualização da pena, a existência de situações pessoais, caso presentes.

A culpabilidade é normal ao tipo.

Quanto aos antecedentes, o acusado Gabriel França Torres é contumaz na prática de crimes, conforme se extrai das certidões de fls. 128/133, e *“verificada a existência de múltiplas condenações transitadas em julgado contra o recorrente, afigura-se possível a exasperação da pena-base, quando do exame dos antecedentes, utilizando-se condenação distinta para o reconhecimento da reincidência, na segunda fase da dosimetria”*. (TJSC - Apelação Criminal n. 2011.047720-5, de Criciúma, Rel. Des. Carlos Alberto Cívinski, j. em 26/01/2012), razão pela qual, nesta primeira fase, a pena do réu Gabriel deve ser majorada em razão dos maus antecedentes.

O acusado Mauri Avancini, por seu turno, conforme certidão de fl. 96, possui condenação penal posterior aos fatos narrados na denúncia, situ-

ação que não pode ser considerada para fins de antecedentes. Certo que tal condenação, contudo, porque já transitada em julgado, serve para a caracterização da conduta social, afinal comprovado que o acusado não se porta adequadamente perante o meio social, consoante entendimento reiterado deste Tribunal (Apelação Criminal n. 2010.029465-3, de Gaspar, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 21/06/2012; Apelação Criminal n. 2010.034794-7, da Capital, Rel. Des. Substituto José Everaldo Silva, j. em 14/03/2013).

Em relação ao acusado Gabriel, novamente sua certidão de antecedentes revela sua má conduta social (fls. 128/133), afinal constatado que o acusado, portador de múltiplas condenações penais anteriores, não se porta de maneira adequada na sociedade.

Imperioso registrar que doutrina e jurisprudência consagraram a possibilidade de, nos casos de réus com múltiplas condenações hábeis a gerar reincidência, cada uma delas servir a um recrudescimento de pena distinto, seja na primeira fase (art. 59 do CP) ou na segunda etapa da dosimetria (art. 61, I, do CP), desde que não haja múltipla valoração pelo mesmo fato.

É da jurisprudência:

[...] Possibilidade de se adotar condenações com trânsito em julgado por crimes distintos para a fixação da pena-base e para a agravante da reincidência em segunda instância. Inexistência de *bis in idem*. (STF - RHC n. 115994/DF, Rel. Mina. Carmen Lúcia, j. em 02/04/2012).

[...] Verificada a existência de múltiplas condenações transitadas em julgado contra o apelado, afigura-se possível a exasperação da pena-base, quando do exame dos antecedentes e de conduta social, utilizando-se condenações distintas para o reconhecimento da reincidência, na segunda fase da dosimetria. (TJSC - Apelação Criminal n. 2012.031438-4, de Lages, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 21/05/2013).

Assim, a pena do réu Gabriel deve ser também majorada em razão de sua má conduta social.

A averiguação da personalidade dos agentes está prejudicada, em razão da falta de elementos a possibilitar tal análise. Os motivos e as circunstâncias são característicos do delito. As consequências da conduta, apesar de extremamente graves, uma vez que a vítima ficou paraplégica por conta da ação dos réus (fls. 25/26), não serve como elemento à exasperação da pena, por tratar-se de circunstância inerente ao tipo penal. Por fim, não se pode dizer que a vítima tenha contribuído à prática delituosa.

Verificadas individualmente as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, majoro a reprimenda do réu Mauri em 1/6 (um sexto), diante de sua conduta social, assentando a pena-base em 23 (vinte e três anos) e 04 (quatro) meses de reclusão, majorando a pena do acusado Gabriel em 1/6 (um sexto) por conta de seus maus antecedentes e 1/6 (um sexto) em razão de sua má conduta social, ficando a reprimenda em 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Quanto à pena de multa, segundo o art. 49 do Código Penal, deve ser fixada entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Por outro lado, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátrias são praticamente uníssonas ao afirmarem que a pena de multa deve ser estabelecida em patamar proporcional à pena restritiva de liberdade também cominada ao réu.

Na presente hipótese, em que os réus foram condenados pela prática da conduta prevista pelo art. 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal, na forma tentada, deve-se observar 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 120 (cento e vinte) meses, ao passo que o espaçamento entre mínimo e máximo da pena de multa, segundo o mesmo dispositivo legal, 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 (dois vírgula noventa e um) dias-multa ao patamar mínimo da pena pecuniária.

Tal operação fará com que a pena de multa fique em seu mínimo legal, 10 (dez) dias-multa, caso a pena privativa de liberdade também seja estabelecida em seu mínimo legal, 20 (vinte) anos de reclusão; e que a pena de multa seja assentada em seu máximo legal, 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, na hipótese de a sanção corpórea restar instituída em seu máximo legal, 30 (trinta) anos de reclusão.

Assim, já que a pena-base do réu Mauri foi fixada em 23 (vinte e três) anos e 04 (quatro) meses, exatos 40 (quarenta) meses acima do mínimo legal, entende-se que a pena de multa, para que guarde proporcionalidade àquela, deve restar estabelecida em 126 (cento e vinte e seis) dias-multa.

Em relação ao acusado Gabriel, já que a pena-base foi fixada em 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses, exatos 80 (oitenta) meses acima do mínimo legal, entende-se que a pena de multa, para que guarde proporcionalidade àquela, deve restar estabelecida em 242 (duzentos e quarenta e dois) dias-multa.

Na segunda etapa do procedimento dosimétrico, em relação ao réu Gabriel mostra-se presente a agravante da reincidência (fls. 128/133), conforme já se registrou, motivo pelo qual a pena deve ser aumentada em 1/6 (um sexto), ficando estabelecida em 31 (trinta e um) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, mantendo-se a pena de multa no patamar anteriormente estabelecido, porquanto nesta fase a pena pecuniária não sofre alterações, porque submetida ao critério bifásico.

Destaque-se que não se faz presente a atenuante da confissão espontânea em relação ao acusado Gabriel, porquanto não obstante ter admitido perante a autoridade policial que praticou o crime (fl. 101), afirmou também que não portava arma de fogo, apenas simulou o porte do objeto, levantando, assim, causa acobertadora de seus atos, situação que não serve para fins do reconhecimento do art. 65, III, “d”, do Código Penal.

Quanto ao réu Mauri, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas, ficando a pena em 23 (vinte e três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 126 (cento e vinte e seis) dias-multa.

Finalmente, na terceira fase, ausentes causas de aumento de pena, estando presente a causa de diminuição descrita no art. 14, inciso II, do Código Penal, uma vez que o resultado morte não chegou a consumir-se.

Sabe-se que, por ordem do art. 14, parágrafo único, do Código Penal, aos agentes de crimes tentados aplica-se a pena prevista para o respectivo delito consumado diminuída de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), utilizando-se como critério, para o estabelecimento do *quantum* da diminuição, o quão perto da consumação do delito o autor esteve (STJ - Habeas Corpus n. 111063/RS, Sexta Turma, Rel. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 31/05/2010; TJSC - Apelação Criminal n. 2000.001395-1, de Lages, Rel. Des. Francisco Borges, Primeira Câmara Criminal, j. em 23/05/2000).

Seguindo tal raciocínio, entende-se que, no presente caso, as provas constantes dos autos dão conta de que os acusados já adentraram no estabelecimento comercial das vítimas efetuado disparos, um deles, aliás, que foi dado à queima-roupa, quando a vítima Daniel já se encontrava ao chão. Ato contínuo, os acusados subtraíram quantias do caixa do estabelecimento e saíram do local dando mais tiros, somente não consumando o resultado morte por circunstâncias alheias à sua vontade, deixando a vítima, no entanto, paraplégica.

Assim, considerando a extensão do *iter criminis* percorrido pelos acusados, que chegaram a consumir a subtração do numerário e quase concluíram o resultado morte pretendido, entende-se que a redução deve ocorrer no patamar mínimo (1/3), ficando a reprimenda do réu **Gabriel** quantificada **em 20 (vinte) anos, 08 (oito) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e pagamento de 162 (cento e sessenta e dois) dias-multa**, ao passo que a pena do réu **Mauri** fica estabelecida **em 15 (quinze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias e pagamento de 78 (setenta e oito) dias-multa**, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário

mínimo vigente à época dos fatos, porquanto ausente qualquer elemento que indique desfrutarem os réus de condição sócioeconômica abastada.

À luz do disposto no artigo 33, § 2º, “a”, do Código Penal, fixo o fechado como regime inicial de cumprimento da pena.

Diante do *quantum* de pena aplicado aos réus, fica impossibilitada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44, CP), bem como a concessão do *sursis* (art. 77, CP).

E porque não constatada, *in casu*, a presença dos requisitos atinentes à custódia cautelar, insculpidos no artigo 312 do Código de Processo Penal - uma vez que não há, nos autos, notícia da possibilidade de iminente reiteração criminosa, de que os acusados tenham dificultado a instrução criminal ou mesmo se furtado à aplicação da lei penal -, concede-se-lhes o direito de permanecerem em liberdade até que ocorra o trânsito em julgado da presente decisão.

Transitada em julgado, expeça-se o pertinente mandado de prisão, providencie-se a execução da pena, lance-se o nome do réu no rol dos culpados e comunique-se à douta Corregedoria-Geral da Justiça, para fins de estatística criminal. Oficie-se à Justiça Eleitoral. Custas pelo acusado.

Por fim, por conta da nomeação do Dr. Breno Frederico Böhr de Oliveira (fl. 231) como defensor dativo para oferecer as pertinentes contrarrazões recursais em favor do acusado Gabriel, imperativo fixar-lhe a verba honorária.

Levando em conta as diretrizes emanadas pela Seção Criminal deste Tribunal - que orientou a fixação de honorários em pecúnia, com fulcro nos arts. 20, § 4º, do Código de Processo Civil e 3º do Código de Processo Penal, tomando por base a tabela anexa à extinta Lei Complementar Estadual n. 155/97 - e considerando o valor de R\$ 63,60 para cada URH, e ainda o item III, n. 41, da mencionada tabela, fixa-se o valor

de R\$ 477,00 (quatrocentos e setenta e sete reais) como remuneração do referido defensor, o equivalente a 7,5 (sete e meio) URH's, em virtude de ter oferecido as contrarrazões recursais em favor do acusado Gabriel.

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial, para condenar os acusados Gabriel França Torres e Mauri Avancini pela prática do delito descrito no art. 157, § 3º, segunda parte, na forma do art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, fixando a reprimenda dos réus nos termos da fundamentação. Além disso, fixa-se em R\$ 477,00 (quatrocentos e setenta e sete reais) a remuneração do Dr. Breno Frederico Böhr de Oliveira (OAB/SC n. 32.946), nomeado defensor do réu/apelado Gabriel França Torres, pela apresentação das contrarrazões, com a expedição da respectiva certidão.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 2013.018053-5, de Içara

Relator: Des. Volnei Celso Tomazini

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO (ART. 1, INCISO, I DO DECRETO-LEI 201/67). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR DE EXTIÇÃO DA PUNIBILIDADE, EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA FORMA RETROATIVA. ACOLHIMENTO. LAPSO TEMPORAL ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A SENTENÇA CONDENATÓRIA SUPERIOR A OITO ANOS. EXTIÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE SE IMPÕE (ART. 107, IV, CP). PRETENSÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO NÃO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DAS PENAS DE PERDA DE CARGO E INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA. TESE RECHAÇADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 1º, § 2º, DO DECRETO-LEI 201/67. EFEITOS DA CONDENAÇÃO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. As penas de perda do cargo e de inabilitação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, têm a sua incidência condicionada à condenação definitiva pela prática dos crimes previstos no Decreto-lei n.201/67, circunstância que revela, de forma nítida, o caráter acessório de tais sanções. **Revisão de entendimento. Precedentes.**

2. Extinta a pretensão punitiva estatal com relação à possibilidade de aplicação da sanção privativa de liberdade, o mesmo destino deve ser dado às penas previstas no § 2º do artigo 1º do Decreto-lei n. 201/67, cuja incidência está expressamente condicionada à condenação definitiva pela prática de crimes ali previstos, a qual se revela impossível em razão do reconhecimento da prescrição (STJ, REsp 1326452/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 02/10/2013)

PEDIDO PARA ANÁLISE DO MÉRITO RECURSAL. INVIABILIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO APELANTE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA QUE PREJUDICA O EXAME DO MÉRITO DA APELAÇÃO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 241 DO EXTINTO TFR. PRECEDENTES DO STE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2013.018053-5, da comarca de Içara (Vara Única), em que são apelantes Márcio Adelar Peruchi e outros, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer e prover o apelo de Marcio Adelar Peruchi para reconhecer a extinção da punibilidade, estendendo, de ofício, os efeitos da prescrição para todos os acusados, tanto em relação à pena corpórea, quanto à pena de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação. Prejudicada a análise dos demais pedidos constante nos recursos de apelação. Custas legais

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Rizelo (Presidente) e Des. Newton Varela Júnior. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti.

Florianópolis, 4 de novembro de 2014.

Volnei Celso Tomazini
RELATOR

RELATÓRIO

Perante este Egrégio Tribunal de Justiça, o Procurador de Justiça ofereceu denúncia contra Deobaldo Donato Pacheco, Márcio Adelar Peruchi, José Oscar da Rosa, Pascoal Meller Neto, Albani de Mello e

Antônio Luiz Crema dando-lhes como incurso nas sanções previstas no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/67 c/c o art. 29 do Código Penal.

Determinada a notificação dos acusados nos termos do art. 4º, da Lei 8.038/90 (fl. 1902), os acusados apresentaram defesa preliminar (fls. 1932-1945, 1960-1966, 1968-1974, 1983-1988) exceto a ré Albani de Mello.

A decisão colegiada de fls 2001-2003, declinou da competência para processar o feito no Juízo *a quo*, tendo em vista que o acusado não detinha mais o mandato de Prefeito, que lhe garantia a prerrogativa de foro.

No juízo *a quo*, a denúncia foi recebida em 02/08/2001 (fl. 2006 verso), ocasião em que foi designada data para os interrogatórios dos réus. Interrogados (fls. 2009-2015), os réus apresentaram defesa prévia (fls. 2017-2020, 2021-2023, 2028).

Concluída a instrução processual, o Juiz de origem, em 04 de abril de 2011, julgou parcialmente procedente a acusação, para:

1) Extinguir a punibilidade de José Oscar da Rosa, nos termos do art. 107, inc.I, do Código Penal e;

2) Condenar os réus Deobaldo Donato Pacheco, Pascoal Meller Neto, Albani de Mello e Antonio Luiz Crema à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, a perda do cargo e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação por 5 (cinco) anos e Márcio Adelar Peruchi à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e a perda do cargo e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação por 5(cinco) anos, todos por infração ao art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, na forma do art. 29, do Código Penal, sendo substituídas as penas por duas restritivas de direito (fls. 2646-2670).

Irresignado com a prestação jurisdicional, os acusados Paschoal Meller Neto, Luiz Antônio Crema, Marcio Adelar Peruchi, Deobaldo Donato Pacheco apelaram (fls. 2676, 2677, 2678)

Os Acusados Paschoal Meller Neto e Luiz Antônio Crema alegaram, preliminarmente, a incompetência da Justiça Comum para o julgamento do feito, bem como o cerceamento de defesa. No mérito, pugnaram pela absolvição afirmando, em síntese, perseguição política e ausência de provas para a caracterização do crime a eles imputados (fls. 2703-2743).

No curso do prazo recursal, fora declarada extinta a punibilidade do acusado Deobaldo Donato Pacheco, nos termos do art. 107, inciso I, do Código Penal e, por conseguinte, revogado o recebimento do recurso por ele interposto (fls. 2763).

Marcio Adelar Peruchi optou por apresentar as razões recursais na instância superior.

Com as contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público (fls. 2766-2777) ascenderam os autos a esta Egrégia Corte.

O acusado Marcio Adelar Peruchi apresentou razões recursais, nas quais alegou, preliminarmente, a prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa. No mérito, pugnou pela absolvição, sob o argumento de ausência de provas para a condenação (fls. 2799-2845).

Contra-arrazoado o recurso (fls.2849-2868). Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Gercino Gerson Gomes Neto, o qual manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do Recurso interposto por Paschoal Meller Neto e Antônio Luiz Crema e pelo conhecimento e parcial provimento do Recurso manejado por Márcio Adelar Peruchi, apenas para que seja declarada a extinção da punibilidade em relação, unicamente, à pena privativa de liberdade, com extensão deste efeito aos demais corréus, mantendo-se a pena de perda do

cargo e inabilitação pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recursos de Apelação Criminal interpostos contra a sentença que condenou os réus Deobaldo Donato Pacheco, Pascoal Meller Neto, Albani de Mello e Antonio Luiz Crema à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, a perda do cargo e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação por 5(cinco) anos; bem como condenou o réu Márcio Adelar Peruchi à pena privativa de liberdade de 02(dois) anos e 04(quatro) meses de reclusão, em regime aberto, a perda do cargo e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação por 5(cinco) anos, todos por infração ao art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, na forma do art. 29, do Código Penal.

Os apelantes sustentam, preliminarmente, a prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, a incompetência da Justiça Comum para processar e julgar o feito, e o cerceamento de defesa. No mérito, pugnam pela absolvição, arguindo, em síntese, que houve perseguição política e ausência de provas para a caracterização do crime a eles imputados.

Pois bem.

Ao analisar as preliminares arguidas pela defesa, verifica-se que razão assiste aos recorrentes em relação ao pretendido reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa.

Inicialmente, cumpre esclarecer, uma vez que a sentença já transitou em julgado para a acusação, a prescrição da pretensão punitiva do Estado regula-se pela pena aplicada (art. 110, § 1º, do Código Penal).

Bem por isso, a prescrição retroativa, “leva em consideração a pena aplicada, in concreto, na sentença condenatória, contrariamente à prescrição in abstrato, que tem como referência o máximo de pena cominada ao delito” (Bittencourt, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, 16ª edição, Saraiva, 2011, p. 815).

Na hipótese, tem-se que os recorrentes Pascoal Meller Neto, Albani de Mello e Antonio Luiz Crema foram condenados à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, a perda do cargo e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação por 5 (cinco) anos e o recorrente Márcio Adelar Peruchi, à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, a perda do cargo e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação por 5 (cinco) anos, ambos por infração ao disposto no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, na forma do art. 29, do Código Penal.

Nesse contexto, a prescrição amolda-se ao inciso V, do art. 109 do Código Penal (redação anterior à Lei n. 12.234/2010) para os recorrentes Pascoal Meller Neto, Albani de Mello e Antonio Luiz Crema e pelo inciso IV do mencionado dispositivo para o recorrente Márcio Adelar Peruchi, cujos comandos previam a prescrição:

“V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois.

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro”.

Assim, a pretensão punitiva do Estado prescreve em 4 (quatro) anos para cada crime individualmente perpetrado por Pascoal Meller Neto, Albani de Mello e Antonio Luiz Crema e em 8 (oito) anos para o crime praticado por Márcio Adelar Peruchi.

Pois bem.

No caso, verifica-se que transcorreram mais de 8 (oito) anos entre os marcos interruptivos obrigatórios da prescrição (art. 117 do CP).

Isso porque entre o recebimento da denúncia (02 de agosto de 2001 – fl. 2006 verso) e a publicação da sentença condenatória (07 de abril de 2011 – fl. 2671), decorreu prazo superior a oito anos, mais precisamente, 9 anos, 8 meses e 5 dias, particularidade que enseja o reconhecimento da prescrição, na modalidade retroativa, com a decretação da extinção da punibilidade dos réus.

Nesse sentido já se decidiu:

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADOS. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS. APENAS UMA DESFAVORÁVEL. AUMENTO DE 1/6 (UM SEXTO). PRECEDENTES. **PENA CONCRETA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS E INFERIOR A 8 (OITO) ANOS. PRAZO PRESCRICIONAL DE 12 (DOZE) ANOS. MENOR DE 21 (VINTE E UM) ANOS NA DATA DOS FATOS. REDUÇÃO DO PRAZO À METADE. TRANSCURSO ENTRE A DATA DOS FATOS E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA SUPERIOR A 6 (SEIS) ANOS. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. EXTINÇÃO DA PUNI-BILIDADE.** (grifou-se) (TJSC, Apelação Criminal n. 2010.008342-1, de Joinville, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 25-08-2011).

Importante salientar que já se verificou a ocorrência do trânsito em julgado para a acusação e que não há nenhuma causa suspensiva da prescrição, como, por exemplo, o disposto no artigo 366 do Código de Processo Penal ou mesmo no artigo 89, § 6º, da Lei 9099/1995.

Diante do exposto, a declaração da extinção da punibilidade de todos os recorrentes é medida que se impõe, em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na sua forma retroativa.

Ademais, ainda que existam entendimentos divergentes acerca da eventual prescrição ou não da pena de perda do cargo e inabilitação

para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação por 5(cinco) anos impostas aos réus, a prescrição deve atingir também essas penas. Explica-se

A Doutra Procuradoria de Justiça, nas contrarrazões, sustentou que as penas de perda do cargo e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública seriam autônomas, com prazo prescricional diferenciado em relação à pena restritiva de direito. As razões ministeriais tiveram como alicerce decisões do ano de 2012 das Cortes Superiores e entendimento desta Egrégia Corte. Veja-se:

[...] CRIME DE RESPONSABILIDADE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. OCORRÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO.1. Redimensionada a pena para 3 (três) anos de detenção, constata-se a ocorrência de lapso temporal superior a 2 (dois) anos entre a datado recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença condenatória, sendo mister declarar, de ofício, a extinção da punibilidade do paciente quanto à pena privativa de liberdade, pela caracterização da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa.**INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA. PENA AUTÔNOMA EM RELAÇÃO À PRIVATIVA DE LIBERDADE. PRESCRIÇÃO. PRAZOS DIFERENCIADOS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.1. Consoante jurisprudência pacificada nesta Corte Superior, a pena de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletiva ou de nomeação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, é autônoma em relação à pena privativa de liberdade, tendo lapso prescricional distinto desta, regulado pelo art. 109, III, do Código Penal, período não ocorrido entre os marcos prescricionais previstos no art. 117 do CP.2. Ordem concedida a fim de reduzir a pena-base do paciente para o mínimo legalmente previsto, tornando a sua sanção definitiva em 3 (três) meses de detenção, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado, **declarando-se, ainda, de ofício, extinta a sua punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa, mantida a pena de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletiva ou de nomeação, pelo****

prazo de 5 (cinco) anos. (STJ , Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 15/05/2012, T5 - QUINTA TURMA)

Agravo regimental em agravo nos próprios autos do recurso extraordinário. 2. Decisão recorrida que se assenta em precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. Desde o julgamento do AI-QO 379392 (DJ 16.8.2002), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de que, pela sistemática do Decreto-Lei n. 201/67, a pena privativa de liberdade e a restritiva de direitos – consistente na inabilitação para exercício de cargo e função pública – são autônomas. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STF - ARE: 643672 DF , Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 11/09/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-201 DI-VULG 11-10-2012 PUBLIC 15-10-2012)

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/67. CRIME DE RESPONSABILIDADE. APROPRIAÇÃO/DESVIO DE BENS OU RENDAS PÚBLICAS EM PROVEITO PRÓPRIO OU ALHEIO. OBRAS DE REDE DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FIRMADO SOB REGIME DE EMPREITADA GLOBAL NÃO CUMPRIDO. SERVIÇOS QUE DEVERIAM TER SIDO REALIZADOS POR EMPRESA VENCEDORA DE PROCESSO LICITATÓRIO (EMPRESA MADEVYN), MAS FORAM EFETIVADOS POR FUNCIONÁRIOS E MAQUINÁRIOS DO PRÓPRIO MUNICÍPIO. OMISSÃO DA EMPRESA LICITANTE QUE ERA DE CONHECIMENTO DO PREFEITO E DO SECRETÁRIO DE OBRAS, QUE ATESTOU O RECEBIMENTO DAS OBRAS SEM QUE O SERVIÇO TIVESSE SIDO DEVIDAMENTE PRESTADO. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA A RESPONSABILIDADE DOS RÉUS AURIO (PREFEITO MUNICIPAL), ROQUE (SECRETÁRIO DE OBRAS DO MUNICÍPIO) E LAURINDO (REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA MADEVYN). CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. NÃO COMPROVAÇÃO DO ENVOLVIMENTO DO RÉU ANTÔNIO (REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA CCM) NA EMPREITADA CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE AS HORAS DE SERVIÇOS CONTRATADAS NÃO FORAM REALIZADAS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA.

TODAVIA, EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DA PENA CORPORAL APLICADA AO RÉU LAURINDO. RECONHECIMENTO DA PRESERVAÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, NA SUA FORMA RETROATIVA. AGENTE MAIOR DE 70 (SETENTA) ANOS NA

DATA DA SENTENÇA. FLUÊNCIA DO LAPSO TEMPORAL ENTRE AS DATAS DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA SUPERIOR AO LIMITE LEGAL DE 2 (DOIS) ANOS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 107, IV; 109, V; 110, § 1º E 115, TODOS DO CÓDIGO PENAL. MANUNTENÇÃO DA PENA DE INABILITAÇÃO PARA O SERVIÇO PÚBLICO PELO PRAZO DE 5 (CINCO) ANOS. PENA AUTÔNOMA EM RELAÇÃO À SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE. NATUREZAS JURÍDICAS DISTINTAS. PRAZOS PRESCRICIONAIS DIFERENTES. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NÃO CONFIGURADA A ESSE RESPEITO. (Processo: 2011.097543-3 (Acórdão), Relator: Marli Mosimann Vargas, Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal, Julgado em: 04/12/2012)

O entendimento predominante anteriormente, portanto, era de que a prescrição da pretensão punitiva da sanção corporal não alcançava a pena de perda de cargo ou função pública e de inabilitação para exercê-los, por serem sanções de naturezas distintas.

Ocorre que as mais recentes decisões desta Corte e das Cortes Superiores vêm entendendo de maneira diversa.

Data vênua da posição anteriormente adotada, verifica-se que a interpretação de que as penas teriam prazo prescricional distintos estão em desacordo com o disposto no §2º do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67, verbis:

A condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

Ora, da simples leitura da referido dispositivo constata-se que somente a condenação definitiva pelo crime descrito no art. 1º do Decreto-Lei 201/67 é apta a ensejar a perda de cargo ou a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, logo, ao se declarar extinta a punibilidade, não há condenação definitiva em relação ao crime de responsabilidade, por conseguinte, seria inviável a aplicação da pena de perda de cargo e a inabilitação, por serem essas penas acessórias.

A corroborar tal entendimento, o Eminentíssimo Desembargador Alexandre d'Ivanenko, ao relatar a Apelação Criminal n. 2012.067349-1, esclareceu que:

“Se a perda do cargo e a inabilitação, conforme consignado no mencionado voto, decorrem da condenação, como aceitar, *in casu*, que sejam impostas aquelas sanções, se não houve condenação! Não se atentar a tal situação, é ignorar por completo o conteúdo da norma a ser aplicado, o que não cabe na função judicante.

Portanto, a perda do cargo ou função pública e a inabilitação para o seu exercício são efeitos acessórios da condenação e prescrevem com a pena privativa de liberdade aplicada.

Sobre os efeitos da prescrição, o doutrinador Sidio Rosa de Mesquita Júnior esclarece:

- 1) impossibilidade de aplicação da pena ou medida de segurança ao réu;
- 2) Apaga o caráter delituoso do fato, como se a ação penal **sequer tivesse existido**;
- 3) Para fins criminais, equipara-se à absolvição, **não subsistindo os efeitos secundários da condenação**, tais como: pagamento das custas, reincidência etc. (MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa. Prescrição Penal, 4ª edição, Atlas, 2007, p.75)

No mesmo sentido Damásio de Jesus preceitua:

A prescrição da pretensão punitiva tem efeito extintivo da punibilidade (CP, art. 107, IV). O Estado perde o direito de invocar o Poder Judiciário no sentido de aplicar o direito penal objetivo no caso concreto, extinguindo-se a possibilidade jurídica de cominação da sanção penal. Diante disso, no caso de sua incidência, declarada a extinção da punibilidade, o Juiz deve ordenar o encerramento do processo. Existindo inquérito policial, seu prosseguimento constitui constrangimento ilegal. **Havendo sentença condenatória, ele deixa de existir.** (JESUS, Damásio de. Prescrição Penal, 20ª edição, Saraiva, 2010, p.42)

Desse modo, não é possível admitir a permanência da pena de perda de cargo e inabilitação, quando extinta a punibilidade do agente pelo

crime previsto no art. 1º, inciso I do Decreto Lei 201/67, uma vez que configuraria interpretação *in malam partem*, o que é vedado pelo sistema processual penal vigente.

Em recentes decisões, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a pena de inabilitação e perda de cargo, prevista no Decreto-Lei 201/67, é acessória, estando condicionada à condenação definitiva. Veja-se:

“RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA. PENA ACESSÓRIA. REVISÃO DE ENTENDIMENTO. RECURSO PROVIDO.

1. As penas de perda do cargo e de inabilitação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, têm a sua incidência condicionada à condenação definitiva pela prática dos crimes previstos no Decreto-lei n.2011/67, circunstância que revela, de forma nítida, o caráter acessório de tais sanções. **Revisão de entendimento. Precedentes.**
2. Extinta a pretensão punitiva estatal com relação à possibilidade de aplicação da sanção privativa de liberdade, o mesmo destino deve ser dado às penas previstas no § 2º do artigo 1º do Decreto-lei n. 201/67, cuja incidência está expressamente condicionada à condenação definitiva pela prática de crimes ali previstos, a qual se revela impossível em razão do reconhecimento da prescrição.
3. Recurso provido para declarar extinta a pena prevista no artigo 1º, § 2º, do Decreto-lei n. 201/67”(STJ, REsp 1326452PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 02102013)

E também:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES. ART. 1º, XIV, DO DECRETO-LEI 201/67. DENÚNCIA REJEITADA. POSTERIOR DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, PELA PENA IN ABSTRACTO . PRETENSÃO DE NÃO PRESCRIÇÃO DAS PENAS DE PERDA DE CARGO E INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO OU

FUNÇÃO PÚBLICA. ART. 1º, § 2º, DO DECRETO-LEI 201/67. IMPOSSIBILIDADE. EFEITO DA CONDENAÇÃO. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS TURMAS COMPONENTES DA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE SOBRE O TEMA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Em julgamentos anteriores, as Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça já se haviam pronunciado no sentido de que a perda do cargo público e a inabilitação para o seu exercício, pelo prazo de 5 anos, previstas no § 2º do art. 1º do Decreto-lei 201/67, pelo condenado por crime de responsabilidade, seriam penas autônomas, com contagem própria de prazo prescricional. II. Entretanto, em julgamentos mais recentes, ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte modificaram seu entendimento quanto ao tema, passando a afirmar que a perda do cargo e a inabilitação, para o exercício de cargo ou função pública, nos termos do Decreto-lei 201/67, são penas acessórias, dependendo de condenação pela prática de crime descrito na mesma norma. III. Nesse contexto, se houver reconhecimento da extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, no que tange ao delito previsto no art. 1º do Decreto-lei 201/67, tornam-se inaplicáveis as penas de perda de cargo ou de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública. IV. No caso, a denúncia - que imputou, ao réu, o delito do art. 1º, XIV, do Decreto-lei 201/67, por fatos ocorridos de 1997 a 2002, foi rejeitada, pelo que, posteriormente, ausente causa interruptiva do prazo prescricional, foi decretada a prescrição da pretensão punitiva, pela pena in abstracto. Assim, à míngua de condenação e reconhecida a extinção da punibilidade, pelo decurso do prazo prescricional, no que tange ao delito descrito no art. 1º, XIV, do Decreto-lei 201/67, imputado ao ora agravado, não há de se falar em contagem autônoma da prescrição, para a pena de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública. V. Agravo Regimental improvido". (AgRg no REsp 699.123/MG, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, DJe 25/11/2013)

O Ministro JORGE MUSSI, em seu voto no julgamento do REsp 1326452/PR, expôs os motivos ensejadores da mudança de entendimento daquela Corte Superior:

E tratando o Decreto-lei n. 201/67 de diploma eminentemente de Direito Penal, não há como reconhecer qualquer autonomia à sanção prevista no seu artigo 1º, § 2º.

É que a sua aplicação, conforme consta expressamente do referido dispositivo, é condicionada à condenação definitiva pela prática de qualquer dos crimes ali definidos, os quais têm como preceito secundário, repita-se, a imposição de pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção), nos termos do seu § 1º.

Assim, uma vez declarada a perda do direito de punir por parte do Estado, em razão da prescrição da pretensão punitiva calculada com base na pena privativa de liberdade estabelecida para tais crimes, o mesmo destino deve ser dado à sanção prevista no § 2º do Decreto-lei n. 201/67, diante do seu caráter nitidamente acessório.

Observa-se, pois, que esse novo entendimento já encontra-se consolidado no STJ, uma vez que, em julgamento monocrático, ficou assentado o seguinte:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO AO ART. 1º, § 2º, DO DECRETO LEI Nº 201/67. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA. PENA ACESSÓRIA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (Recurso Especial nº 1.395.414 - SC (2013/0277169-2) Ministra Maria Thereza de Assis Moura 04/09/2014)

No presente caso, portanto, sendo reconhecida a extinção da punibilidade, pelo decurso do prazo prescricional, no que tange ao delito descrito no art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei 201/67, imputado aos apelantes, não há falar em contagem autônoma da prescrição para a pena de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública.

Por fim, cumpre ressaltar que reconhecida a extinção da punibilidade do apelante pela prescrição, fica prejudicada a análise do mérito recursal, conforme estabelece a Súmula 241 do extinto Tribunal Federal de Recurso, *verbis*: “A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal”.

Sobre o assunto, leciona 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 extinguindo 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).

Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já consagrou o entendimento de que, extinta a punibilidade pela prescrição, prejudicada está a análise do mérito. Veja-se:

Constitucional e Penal. Habeas Corpus Estelionato – art. 251 do Código Penal Militar. Condenação. Apelação da defesa. Reconhecimento da preliminar de prescrição da pretensão punitiva. questão de fundo prejudicada. Inconformismo. Pleito de absolvição. Dignidade da pessoa humana– CF, art. 1º, inc. III. Extinção da punibilidade. Ausência de efeitos de natureza penal ou cível. 1. **A prescrição da pretensão punitiva, diversamente do que ocorre com a prescrição da pretensão executória, acarreta a eliminação de todos os efeitos do crime. 2. A prescrição é matéria de ordem pública, por essa razão deve ser examinada de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do interessado, e, caso reconhecida em qualquer fase do processo, torna prejudicada a questão de fundo. Precedentes: AgRg no RE nº 345.577/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, Dj de 19/12/2002; HC 73.120/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 03/12/99; HC nº 63.765/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 18/4/86. 3. In casu, houve condenação pelo crime de estelionato (CPM, art. 251), ensejando recurso de apelação da defesa cuja preliminar de prescrição da pretensão punitiva restou acolhida, por isso não procedem as razões da impetração no que visam à análise dos argumentos que objetivavam a absolvição no recurso defensivo, não cabendo, conseqüentemente, falar em violação do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), sobretudo porque, reiterar-se, o reconhecimento dessa causa extintiva da punibilidade não acarreta quaisquer efeitos negativos na esfera jurídica do paciente, consoante o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Francisco**

Rezek no HC 63.765, verbis: “Há de existir em nosso meio social uma suposição intuitiva, evidentemente equívoca do ponto de vista técnico-jurídico, de que em hipóteses como esta a prescrição – mesmo a prescrição da pretensão punitiva do Estado – deixa sequelas e por isso justifica, na pessoa que foi um dia acusada, o interesse em ver levada adiante a análise do processo, na busca de absolvição sob este exato título. Sucede que não é isso o que ocorre em nosso sistema jurídico. A pretensão punitiva do Estado, quando extinta pela prescrição, leva a um quadro idêntico àquele da anistia. Isso é mais que a absolvição. Corta-se pela raiz a acusação. O Estado perde sua pretensão punitiva, não tem como levá-la adiante, esvazia-a de toda consistência. Em tais circunstâncias, o primeiro tribunal a poder fazê-lo está obrigado a declarar que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, que o debate resultou extinto e que não há mais acusação alguma sobre a qual se deva esperar que o Judiciário pronuncie juízo de mérito. (). Quando se declara extinta a punibilidade pelo perecimento da pretensão punitiva do Estado, esse desfecho não difere, em significado e consequências, daquele que se alcançaria mediante o término do processo com sentença absolutória.” 4. O habeas corpus tem cabimento em face de cerceio ilegal, atual ou iminente, do direito de locomoção, sendo evidente que, declarada a prescrição da pretensão punitiva, desaparece a ameaça ao bem tutelado pelo writ constitucional. 5. Ordem denegada.(STF - HC: 115098 RJ , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 07/05/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-103 DIVULG 31-05-2013 PUBLIC 03-06-2013)

Por essas razões, vota-se pelo conhecimento e provimento do apelo de Marcio Adelar Peruchi para reconhecer a extinção da punibilidade, estendendo, de ofício, para todos os acusados, em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na sua forma retroativa, tanto em relação à pena corpórea, quanto a pena de inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, ficando prejudicada a análise dos demais pedidos constantes nas razões recursais.

É o voto.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Recurso de Agravo n. 2014.006245-0, de Blumenau

Relator: Des. Ernani Guetten de Almeida

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO IMPOSTA EM AUTORIZAÇÃO DE SAÍDA TEMPORÁRIA. APENADO QUE COMPARECEU A ALMOÇO EM LOCAL ANÁLOGO A BAR. DECISÃO QUE DETERMINOU A REGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA – DO SEMI-ABERTO PARA O FECHADO – E DECLAROU A PERDA DE 1/3 (UM TERÇO) DOS DIAS REMIDOS. FATO QUE NÃO CONSTITUI FALTA GRAVE, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 50 DA LEI N. 7.210/1984. PREVISÃO DE REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO EM CASOS DE DESATENDIMENTO ÀS CONDIÇÕES IMPOSTAS. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA APLICADA. ARTS. 57 E 125 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 2014.006245-0, da comarca de Blumenau (3ª Vara Criminal), em que é recorrente Giovani Salvaro e recorrido o Ministério Público de Santa Catarina:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer e dar provimento ao recurso para limitar a reprimenda do apenado à revogação do benefício de saídas temporárias, determinando seu retorno ao regime anterior e a suspensão da perda dos dias remidos.

Presidiu o julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann.

Florianópolis, 1º de julho de 2014.

Ernani Guetten de Almeida
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de execução penal formulado por Giovani Salvaro, contra decisão da Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Blumenau, que acolheu o pedido formulado pelo representante do Ministério Público e determinou a regressão do regime de cumprimento de pena do recorrente (do semi-aberto ao fechado) e a perda de 1/3 dos seus dias remidos, em razão do descumprimento de condição imposta para a concessão do benefício de saída temporária.

O agravante sustentou, em apertada síntese, que a imposição de regressão de regime e da perda de dias remidos configuraria punição excessiva e desproporcional ao caso concreto, pois apesar de comparecer a almoço em local análogo a bar, estava com sua família e amigos, não consumiu bebidas alcoólicas e deixou o local por volta das 15 horas.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho, pelo conhecimento e parcial provimento do agravo, mantendo-se apenas a revogação do benefício de saída temporária.

Este é o relatório.

VOTO

O agravante obteve o benefício de saída temporária em decisão de 09.08.2013, que deferiu o afastamento conforme trecho que se transcreve:

[...] Ante o exposto, DEFIRO a saída temporária ao reeducando, autorizando o afastamento do estabelecimento prisional, por 7 (sete) dias, em 05 (cinco) oportunidades diferentes (1ª saída – 10/8/2013; 2ª saída – 1º/11/2013; 3ª saída – 23/12/2013; 4ª saída – 14/2/2014 e 5ª saída – 14/4/2014), com período de intervalo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias entre uma saída e outra, a teor do disposto no § 3º do art. 124 da LEP, ficando a critério da direção do estabelecimento penal a fixação dos horários de saída e de retorno, devendo o apenado observar as seguintes condições:

- a) fornecer o endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício;
- b) recolher-se à residência visitada, no período noturno;
- c) não frequentar bares, casa noturnas e estabelecimentos congêneres. [...] (fl. 69).

Posteriormente, sobreveio informação do 10º Batalhão de Polícia Militar, noticiando que o apenado compareceu a evento na Choperia Wunder Bier durante sua saída temporária, em inobservância às determinações judiciais, o que supostamente configuraria falta grave.

A autoridade judicial revogou cautelarmente o benefício de saídas temporárias do ora agravante e determinou a realização de audiência de justificação (fls. 107/108).

Na ocasião o apenado esclareceu que compareceu ao referido estabelecimento dia 10.08.2013, no período de almoço durante a realização de uma feijoada, onde permaneceu até cerca de 15 horas. Afirmou que não ingeriu bebidas alcoólicas e que acreditou que por tratar-se de ambiente familiar não estaria contrariando as determinações (fls. 113/114).

A Juíza de 1º Grau considerou que o descumprimento configuraria falta grave e determinou a regressão do regime do apenado, de semi-aberto para fechado, a perda de 1/3 dos dias remidos e fixou a data da audiência como marco para futuros benefícios, pois não houve regressão cautelar (fl. 115).

A Lei n. 7.210/1984 prevê:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à 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.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

[...]

Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

[...]

Art. 124. A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano.

Parágrafo único. Quando se tratar de freqüência a curso profissionalizante, de instrução de 2º grau ou superior, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes.

§ 1º Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado:

I - fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício;

II - recolhimento à residência visitada, no período noturno;

III - proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres.

[...]

Art. 125. O benefício será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso.

Parágrafo único. A recuperação do direito à saída temporária dependerá da absolvição no processo penal, do cancelamento da punição disciplinar ou da demonstração do merecimento do condenado.

Verifica-se que o art. 50 da Lei de Execução Penal, que classifica as condutas que constituem falta grave, não contempla o descumprimento das condições previstas no art. 124, § 1º, do mesmo dispositivo legal.

O art. 125 da Lei n. 7.210/1984, por sua vez, traz como causas de revogação: a) a prática de crime doloso; b) a punição por falta grave; c) o desatendimento às condições impostas na autorização; ou d) o baixo grau de aproveitamento do curso, de forma que tampouco equipara o descumprimento daquelas condições ao cometimento de falta grave.

Desta forma, a penalidade imposta pela autoridade judicial configura-se desproporcional, em afronta ao disposto no art. 57 da Lei de Execução Penal, devendo limitar-se à revogação do benefício de saídas temporárias.

Sobre o tema, colhe-se decisão desta Corte Estadual de Justiça no Recurso de Agravo n. 2013.074189-0, de Joinville, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, Quarta Câmara Criminal, j. 28.11.2013, *mutatis mutandi*:

AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. REALIZAÇÃO DE TRABALHO EXTERNO E SAÍDA TEMPORÁRIA. APENADO QUE NÃO RETORNA AO PRESÍDIO NAS DATAS DETERMINADAS. REGRESSÃO DE REGIME. INDEFERIMENTO. RECURSO MINISTERIAL. RETORNO ESPONTÂNEO DEPOIS DE ALGUNS DIAS. JUSTIFICATIVA ACEITA PELO JUIZ *A QUO*. FALTA GRAVE NÃO CARACTERIZADA. SUSPENSÃO DAS PRÓXIMAS SAÍDAS TEMPORÁRIAS. MEDIDA ADEQUADA E SUFICIENTE AO CASO. MANUTENÇÃO DO REGIME SEMIABERTO.

Mostra-se viável a manutenção do regime semiaberto ao reeducando que, embora tenha retornado ao presídio em data posterior àquela estipulada para o seu retorno do trabalho externo e da saída temporária, apresentou-se espontaneamente para dar continuidade ao cumprimento da pena, trazendo justificativa reputada válida.

RECURSO NÃO PROVIDO.

Logo, dá-se provimento ao recurso para limitar a reprimenda do apenado à revogação do benefício de saídas temporárias, determinando seu retorno ao regime anterior e a suspensão da perda dos dias remidos.

Este é o voto.

Reclamação n. 2014.052614-3, de Palhoça

Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann

CORREIÇÃO PARCIAL (RECLAMAÇÃO) INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. IRRESIGNAÇÃO QUANTO À DECISÃO QUE DELIBEROU SOBRE A TRAMITAÇÃO DIRETA DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E A POLÍCIA CIVIL. ALEGADA AFRONTA AO DISPOSTO NO ART. 10, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EIVA NÃO VERIFICADA. *DECISUM* EM CONSONÂNCIA COM O SISTEMA ACUSATÓRIO VIGENTE. DISPOSITIVO PROCESSUAL NÃO RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADEMAIS, HIPÓTESE EM QUE NÃO SE VISLUMBRA A NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL, TENDO EM VISTA QUE OS ATOS NÃO AFETAM DIREITO DO INVESTIGADO. ANTEPROJETO DO DIPLOMA PROCESSUAL PENAL QUE AFASTA O CONTROLE JUDICIAL DA INVESTIGAÇÃO. SOPESACÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E DO SISTEMA ACUSATÓRIO, PREVALECENDO ESTES ÚLTIMOS. ADEMAIS, UNIDADE DE APURAÇÃO DE CRIMES PRATICADOS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS DA REGIÃO METROPOLITANA DE FLORIANÓPOLIS QUE, POR ESTAR EM FASE INICIAL DE IMPLEMENTAÇÃO E COMPREENDER LARGA COMPETÊNCIA, CARECE DE AUXÍLIO PARA ATENDER A DEMANDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO OBJURGADA.

RECLAMAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação n. 2014.052614-3, da comarca de Palhoça (2ª Vara Criminal), em que é reclamante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e reclamado o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Palhoça:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer da reclamação e negar-lhe provimento. Sem custas.

O julgamento, realizado no dia 30 de setembro de 2014, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Ernani Guetten de Almeida. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Rogério Antônio da Luz Bertoncini.

Florianópolis, 3 de novembro de 2014.

Leopoldo Augusto Brüggemann
RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina apresentou correição parcial (reclamação), com pedido liminar, contra decisão do MM. Juiz de Direito à frente da Unidade de Apuração de Crimes Praticados por Organizações Criminosas da Região Metropolitana de Florianópolis, que determinou a tramitação direta do Inquérito Policial n. 0133566-13.2013.8.24.0045 entre o Ministério Público e a Polícia Civil, sem a participação do Poder Judiciário.

Argumentou o *Parquet*, em suma, que a decisão judicial caracteriza grave ofensa à ordem e à segurança jurídica dos procedimentos investigativos, por violar o disposto no art. 10, § 3º, do Código de Processo Penal e por inexistir legislação disciplinando o tema.

Pelo exposto, requereu o provimento da reclamação, para reformar a decisão objurgada, determinando a obediência ao previsto no art. 10, § 3º, do CPP, com a consequente baixa do procedimento investigativo conforme requerimento ministerial (fls. 02-09).

Pela decisão prolatada às 253-256, deferiu-se parcialmente o pedido liminar, determinando-se a imediata suspensão da decisão impugnada (item 4) até a análise definitiva do reclamo.

Prestadas as informações pela autoridade reclamada (fls. 262-271), ascenderam os autos a esta instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Genivaldo da Silva, opinou pelo conhecimento e provimento da reclamação (fls. 277-289).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de correção parcial (reclamação) contra decisão que determinou a tramitação direta do Inquérito Policial n. 0133566-13.2013.8.24.0045 entre o Ministério Público e a Polícia Civil, sem a participação do Poder Judiciário.

O reclamo é de ser conhecido, porquanto presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Ab initio, convém registrar que “a reclamação, também denominada de correção parcial, está regulada no art. 243 e parágrafos do Regimento Interno deste Tribunal, sendo cabível nas hipóteses de decisão para a qual não haja recurso específico, destinando-se a corrigir o *error in procedendo*, de ordem procedimental e que afeta o regular desenvolvimento do processo” (Reclamação n. 2010.078200-0, de Otacílio Costa, rel. Des. Torres Marques, j. 23/9/2010).

Pois bem.

Insurge-se o Ministério Público de primeiro grau contra a decisão judicial que determinou que o referido Órgão solicitasse diretamente as diligências, por ele postuladas, à Autoridade Policial, ou seja, sem intervenção do Poder Judiciário, ao argumento de frontal violação ao disposto no art. 10, § 3º, do Código de Processo Penal.

Com a devida vênia aos argumentos ministeriais, a reclamação não merece ser provida.

Com efeito, concorda-se integralmente com os fundamentos lançados na decisão impugnada, oportunidade em que o magistrado *a quo* bem explanou a questão e decidiu, adequadamente, pela necessidade, no caso concreto, da tramitação do procedimento investigativo sem a intervenção do cartório judicial.

Neste sentido, oportuno colacionar as razões de decidir lançadas no aludido *decisum*:

1. O art. 10, § 3º, do CPP – cuja redação permanece inalterada desde os idos de 1941 – dispõe que, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, cabe ao juiz determinar a devolução dos autos do inquérito à delegacia de polícia para ulteriores diligências, que deverão ser realizadas em prazo judicial.

Há muito tempo a maioria dos operadores do Direito criticam fortemente essa regra de procedimento. Isso porque a fase pré-processual de investigação criminal tem natureza jurídica administrativa. Sua finalidade é o completo esclarecimento do caso penal, a fim de viabilizar a formação do convencimento (*opinio delicti*) do responsável pela acusação. É que, na qualidade de titular da ação penal, o promotor pode necessitar de outras provas ou esclarecimentos adicionais antes de deliberar pelo oferecimento da denúncia ou pelo pedido de arquivamento do feito.

Justamente por isso o juiz não deve indeferir requerimentos de novas diligências formulados pelo Ministério Público na fase investigatória. O juiz deve permanecer absolutamente alheio à qualidade da prova em curso no inquérito policial, sem exercer atos de natureza jurisdicional, salvo quando for necessária a intervenção para tutelar violações ou ameaças de lesão a direitos e garantias individuais (p.ex.: prisões, cautelares, medidas constritivas em geral, etc.). Ou seja, não cabe ao Poder Judiciário supervisionar as diligências ordinárias ou comuns não sujeitas à cláusula de reserva jurisdicional, já que o Ministério Público é o *dominus litis*; e, nesta condição, como destinatário dos elementos colhidos na fase investigatória, incumbe-lhe aferir a necessidade e conveniência de provas complementares para a formação de seu convencimento.

Para agilizar a tramitação dos inquéritos, há muitos anos inúmeros promotores do país se anteciparam e já passaram a requisitar diligências diretamente

à polícia judiciária sempre que for possível. Com isso todos saem ganhando, principalmente a sociedade, que deve ter assegurado pelo Poder Público o direito à conclusão célere e eficiente das investigações criminais.

Nesse contexto surgiu a ideia da chamada *tramitação direta dos inquéritos policiais entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária*. A bem da verdade, o tema não é pacífico; porém, o CNJ, o CNMP e diversos tribunais já se manifestaram favoráveis à instituição desse procedimento diferenciado.

O Conselho Nacional de Justiça, no Procedimento de Controle Administrativo nº 599, em reunião realizada em 15 de agosto de 2007, reputou legal o Provimento nº 119/2007 da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná, que estabeleceu a tramitação direta dos inquéritos policiais entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, sem necessidade de intermediação do Poder Judiciário, a não ser para o exame de medidas cautelares.

Após esse precedente, a tramitação direta de inquéritos policiais passou a ser instituída por vários órgãos da Justiça brasileira, a teor do que disciplinam os seguintes atos normativos: a) Resolução nº 63/2009 do Conselho da Justiça Federal; b) Resolução nº 03/2011 do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas; c) Resolução Administrativa nº 05/2012 do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia; d) Resolução nº 518/2013 do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará; e) Resolução nº 22/2009 do Tribunal Regional Federal da 5ª Região; f) Provimento nº 01/2013 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Maranhão; g) Provimento nº 05/2010 da Corregedoria-Geral do Estado de Sergipe; h) Provimento nº 66/2010 da Corregedoria-Geral do Rio Grande do Norte; i) Provimento Conjunto nº 01/2012 das Corregedorias-Gerais da Justiça, do Ministério Público e da Polícia Civil do Estado do Acre.

O Manual Prático de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal do Conselho Nacional de Justiça, em seu Capítulo I (intitulado Fase Pré-Processual: Inquérito Policial), dispõe que, “como regra, a tramitação do inquérito policial deve se dar diretamente entre o órgão da Polícia e o Ministério Público nas prorrogações de prazo de investigação. Excetua-se as situações em que haja necessidade de se adotar medida constritiva e/ou acautelatória, ou restrição a algum direito fundamental do investigado”.

O Conselho Nacional do Ministério Público, no Encontro de Coordenadores do Controle Externo da Atividade Policial do Ministério Público realiza-

do no dia 18/02/2014, também concluiu ser indispensável a aprovação de proposta de resolução conjunta entre o CNJ e o CNMP para regulamentar, definitivamente, a tramitação direta do inquérito entre a polícia e o MP.

2. Em Santa Catarina a situação atual não é diferente do restante do Brasil. O Tribunal de Justiça e o Ministério Público, por meio de suas Corregedorias Gerais, estão em estágio bastante avançado de conversação para também implementar e padronizar aqui essa nova forma de processamento do inquérito policial. Mas, enquanto isso não se concretiza, é absolutamente imprescindível a este Juízo tomar decisões muito importantes para criar um sistema de gestão eficiente e célere de tramitação dos inquéritos nesta Unidade, sob pena de ocorrer significativo prejuízo para a segurança pública e para o combate à criminalidade na região da Grande Florianópolis.

Sem dúvida alguma, é juridicamente possível ao magistrado, no pleno exercício da atividade jurisdicional independente, conforme seu livre convencimento, determinar a tramitação direta de inquéritos sob sua jurisdição entre a polícia e o *parquet*, sopesando princípios como economia processual, instrumentalidade, eficiência e celeridade.

Ora, o art. 10 do CPP foi criado em um contexto social e jurídico (especialmente em ordem constitucional) por demais diverso do que se vive hoje. Daí ser manifestamente necessária que sua interpretação se dê com base nos novos preceitos e disposições constitucionais, que lhe são hierarquicamente superiores, bem como na atual realidade social. A orientação pretoriana de vanguarda visa a garantir a solução rápida e eficaz do inquérito policial, expurgando de uma vez por todas os formalismos estéreis, que trazem apenas lentidão e insucesso à persecução penal.

Como corolário lógico, sempre que for possível o promotor deverá requisitar a adoção de outras medidas e diligências que lhe pareçam necessárias à formação de sua *opinio delicti* diretamente à polícia judiciária, “até mesmo por força de um *controle externo mínimo* da atividade investigatória. E essas diligências não se submeterão também a qualquer juízo de pertinência ou oportunidade por parte da autoridade policial, que deverá cumprí-las tais como *requisitadas*” (Eugênio Pacelli de Oliveira, Curso de Processo Penal, 17ª ed., Atlas, 2013, p. 66).

A propósito do tema, trago à colação o seguinte acórdão:

PROCESSO PENAL. CORREIÇÃO PARCIAL. TRAMITAÇÃO DIRETA DO INQUÉRITO POLICIAL ENTRE POLÍCIA E MINISTÉRIO PÚBLICO. RESOLUÇÕES Nº 63/2009 DO CJF E Nº 01/09 - CONJUNTA DESTE REGIONAL E DA CORREGEDORIA REGIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL DA 4ª REGIÃO. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE.

1. O mero encaminhamento de prazos e provas na investigação criminal não configura matéria com reserva de lei, no sentido já definido pelo Supremo Tribunal Federal, podendo esse simples procedimento administrativo ser regulado por normas legais de inferior hierarquia.

2. Também pelo prisma da proporcionalidade merecem prevalecer os constitucionais princípios da eficiência e da celeridade, sobre o estrito prisma da legalidade, pela absoluta falta de prejuízos ao controle das garantias - sempre passível de provocação ao magistrado - ou mesmo ao investigado, que possui interesse na mais breve solução do feito investigatório e vê o juiz da causa mais afastado da perigosa intervenção probatória.

3. Observo, por fim, que na necessidade de atuação do juiz das garantias, já as próprias resoluções preveem a distribuição do feito e sua intervenção, excluída no simples encaminhamento burocrático de prazos e diligências.

4. Ausente ilegalidade ou violação ao devido processo legal, devem ser cumpridos os termos das resoluções administrativas ordenadoras do direto encaminhamento do inquérito entre autoridade policial e agente ministerial, com distribuição e intervenção do juiz apenas quando necessário o controle das garantias legal ou constitucionalmente estabelecidas.

5. Correição parcial deferida. (TRF4, Correição Parcial nº 2009.04.00.042385-6/RS, Rel. Des. Federal Néfi Cordeiro, j. 15/12/2009).

3. A Unidade de Apuração de Crimes Praticados por Organizações Criminosas da Região Metropolitana de Florianópolis, vinculada à Comarca da Capital, tem sua disciplina legal prevista na Resolução nº 1/2013 do Conselho da Magistratura e na Resolução nº 12/2013 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Trata-se de um importante projeto institucional da Justiça catarinense, em construção por várias mãos, a fim de melhorar ainda mais a prestação jurisdicional na área de segurança pública. O projeto está apenas na fase inicial de implementação, apresentando algumas falhas e equívocos, a exigir de imediato vários aprimoramentos estruturais e de formatação.

Todos os dados (positivos e negativos) desta Unidade estão minuciosamente descritos em incontáveis relatórios anexados a processo administrativo que tramita na Corregedoria Geral da Justiça e que será submetido ao Tribunal Pleno no momento oportuno. Em suma, o trabalho é muito sério, consistente e pioneiro, e não uma simples alteração de competência entre os Juízes criminais que atuam na Grande Florianópolis.

Esta Unidade tem competência plena e privativa para apreciar todos os inquéritos policiais oriundos das Comarcas da Capital, Biguaçu, Palhoça, Santo Amaro da Imperatriz e São José, só excetuados os processos de competência do Tribunal do Júri e dos Juizados Especiais Criminais e de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Os inquéritos policiais propriamente ditos assim registrados no SAJ representam hoje em torno de 65% do total dos processos em tramitação. Isso absorve mais de 70% da força de trabalho do cartório (formado por apenas 4 servidores), segundo dados repassados pelo chefe da serventia.

Esses números são contundentes e revelam, por si, a necessidade de se implementar com máxima urgência e prioridade, por meio de decisão judicial em cada caso concreto a tramitação direta dos inquéritos policiais entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, observadas as orientações do Manual Prático de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal do Conselho Nacional de Justiça, com aplicação analógica, no que couber, da Resolução nº 63/2009 do Conselho da Justiça Federal.

4. Ante o exposto, **MANTENHO** o despacho retro por seus próprios fundamentos (p. 196) e, para dirimir qualquer dúvida, **DETERMINO** a tramitação direta deste inquérito policial entre o Ministério Público e a Polícia Civil. [...] (fls. 221-224).

Ora, sabe-se que, por força do sistema acusatório – acolhido pela atual Constituição Federal –, “a gestão das provas é função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal, vol. I*. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 5).

Segundo Renato Brasileiro de Lima, “o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais

e a *gestão da prova*. O modelo acusatório reflete a posição de igualdade ente os sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório”. Concluindo o jurista que “além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova” (*op. cit.* p. 6).

Com esopeque nesta sistemática, percebe-se que a figura do juiz, como o condutor das provas, conforme dispõe o contestado § 3º do art. 10 do Código de Processo Penal, encontra-se em clara dissonância com atual modelo acusatório vigente.

A propósito do tema, colhe-se da doutrina:

Pela leitura do art. 10, § 1º, do CPP, percebe-se que, uma vez concluída a investigação policial, os autos do inquérito policial devem ser encaminhados primeiramente ao Poder Judiciário, e somente depois ao Ministério Público.

A despeito do teor do referido dispositivo, por conta da adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal, outorgando ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, não há como se admitir que ainda subsista essa necessidade de remessa inicial dos autos ao Poder Judiciário. **Há de se entender que essa tramitação judicial do inquérito policial prevista nos arts. 10, § 1º, e 23, do CPP, não foi recepcionada pela Constituição Federal.**

Ora, tendo em conta ser o Ministério Público o *dominus litis* da ação penal pública, nos termos do art. 129, inc. I, da Carta Magna, e, portanto, o destinatário final das investigações levadas a cabo no curso do inquérito policial, considerando que o procedimento investigatório é destinado, precipuamente, a subsidiar a atuação persecutória do órgão ministerial, e diante da desnecessidade de controle judicial de atos que não afetam direitos e garantias fundamentais do indivíduo, **deve-se concluir que os atos da investigação policial devem tramitar diretamente entre a Polícia e o Ministério Público, sem necessidade de intermediação do Poder Judiciário, a não ser para o exame de medidas cautelares** (v.g., prisão preventiva, interceptação telefônica, busca domiciliar, etc.).

Essa tramitação direta entre a Polícia e o Ministério Público, ressalvada a hipótese em que sejam formuladas medidas cautelares, **além de assegurar**

um procedimento mais célere, em respeito à razoável duração do processo (CF art. 5º, inc. LXXVIII), contribuindo para fim da morosidade da persecução penal, também é de fundamental importância na preservação da imparcialidade do órgão jurisdicional, porquanto afasta o magistrado de qualquer atividade investigatória quem implique em formação de convencimento prévio a respeito do fato noticiado e sob investigação.

Valores importantes como a celeridade, a eficiência, a desburocratização e a diminuição dos riscos da prescrição recomendam, pois, que as peças investigatórias sejam remetidas diretamente ao titular da ação penal, salvo se houver necessidade de medidas cautelares, eliminando-se, assim, o intermediário que não tem competência ou atribuição para interferir na produção de diligências inquisitoriais.

Daí porque já há diversas portarias de Tribunais de Justiça determinando que os autos da investigação policial devam ser remetidos diretamente ao órgão ministerial (centrais de inquéritos). No âmbito da Justiça Federal, aliás, vale a pena destacar que o Conselho da Justiça Federal, por meio da Resolução nº 63. De 26 de junho de 2009, também já regulamentou a matéria (LIMA, 2011. *op. cit.*, p. 174-175 – os grifos em negrito são nossos).

Tanto assim é que o anteprojeto do Novo Código de Processo Penal propõe significativa mudança na tramitação e gestão do inquérito policial, ao afastar o controle judicial da investigação, figurando o magistrado como um “juiz de garantias” e não como um “juiz de inquéritos”, passando ele a atuar apenas quando estiver em jogo a tutela de inviolabilidades pessoais, tudo de forma a prestigiar o sistema acusatório, que se entende acolhido pela Carta vigente.

A demonstrar o exposto, convém colacionar o trecho da exposição de motivos do anteprojeto que bem expõe a situação:

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz *das garantias*, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz *de inquéritos*, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. **O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela**

imediate e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

Evidentemente, e como ocorre em qualquer alteração na organização judiciária, os tribunais desempenharão um papel de fundamental importância na afirmação do juiz das garantias, especialmente no estabelecimento de regras de substituição nas pequenas comarcas. No entanto, os proveitos que certamente serão alcançados justificarão plenamente os esforços nessa direção.

No âmbito, ainda, da persecução penal na fase de investigação preliminar, o anteprojeto traz significativa alteração no que respeita à tramitação do inquérito policial. A regra do atual Código de Processo Penal não guarda qualquer pertinência com um modelo processual de perfil acusatório, como se deduz do sistema dos direitos fundamentais previstos na Constituição. A investigação não serve e não se dirige ao Judiciário; ao contrário, destina-se a fornecer elementos de convencimento, positivo ou negativo, ao órgão da acusação. Não há razão alguma para o controle judicial da investigação, a não ser quando houver risco às liberdades públicas, como ocorre na hipótese de réu preso. Neste caso, o curso da investigação será acompanhado pelo juiz das garantias, não como controle da qualidade ou do conteúdo da matéria a ser colhida, mas como fiscalização do respeito aos prazos legais previstos para a persecução penal. Atuação, como se vê, própria de um juiz das garantias.

Do mesmo modo, retirou-se, e nem poderia ser diferente, o controle judicial do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação. No particular, merece ser registrado que a modificação reconduz o juiz à sua independência, na medida em que se afasta a possibilidade de o Ministério Público, na aplicação do art. 28 do atual Código, exercer juízo de superioridade hierárquica em relação ao magistrado. O controle do arquivamento passa a se realizar no âmbito exclusivo do Ministério Público, atribuindo-se

à vítima legitimidade para o questionamento acerca da correção do arquivamento. O critério escolhido segue a lógica constitucional do controle de ação penal pública, consoante o disposto no art. 5º, LIX, relativamente à inércia ou omissão do Ministério Público no ajuizamento tempestivo da pretensão penal. Decerto que não se trata do mesmo critério, mas é de se notar a distinção de situações: a) no arquivamento, quando no prazo, não há omissão ou morosidade do órgão público, daí porque, cabendo ao Ministério Público a titularidade da ação penal, deve o juízo acusatório, em última instância, permanecer em suas mãos; b) na ação penal subsidiária, de iniciativa privada, a legitimidade da vítima repousa na inércia do órgão ministerial, a autorizar a fiscalização por meio da submissão do caso ao Judiciário.

Portanto, o que se percebe é que, de fato, o texto do art. 10, § 3º, do Diploma Processual Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941), encontra-se em completo descompasso com o atual sistema processual e, arrisca-se dizer – com amparo no entendimento doutrinário alhures citado – , que sequer foi o dispositivo recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Pelo exposto, e levando-se em consideração, outrossim, que não existe direito absoluto, não se vislumbra, no caso concreto, violação do princípio da legalidade (art. 5º, incisos II e XXXIX, da CF), mas, sim, uma sopesação deste com o princípio da razoável duração do processo (CF art. 5º, inc. LXXVIII) e o do sistema acusatório, onde, na hipótese em tela, prevaleceram estes últimos.

Além do mais, convém mencionar, como bem citado pelo togado singular, que a Unidade de Apuração de Crimes Praticados por Organizações Criminosas da Região Metropolitana de Florianópolis, importante projeto instituído pelas Resoluções n. 1/2013 do Conselho da Magistratura e nº 12/2013 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, com intenção de aperfeiçoar a prestação jurisdicional na área de segurança pública, encontra-se em fase inicial de execução, com estrutura debilitada, contudo, possui larga competência para processar inquéritos policiais e procedimentos investigatórios oriundos das comarcas da Capital,

de Biguaçu, de Palhoça, de Santo Amaro da Imperatriz e de São José, ou seja, compreende um volume considerável de procedimentos.

Neste panorama, verifica-se a imediata necessidade de o Ministério Público assumir o seu papel na colheita de provas, frente ao sistema acusatório consagrado pela Constituição Federal.

Assim, não se vislumbra ilegalidade que conduza a modificação da decisão prolatada pelo magistrado *a quo*, até porque a medida, *venia*, não necessita de intervenção judicial por não estar joga qualquer direito do investigado.

Ex positis, conhece-se da reclamação e nega-se provimento, mantendo-se hígida a decisão objurgada, com a consequente tramitação direta do Inquérito Policial n. 0133566-13.2013.8.24.0045 entre o Ministério Público e a Polícia Civil, comunicando-se as autoridades envolvidas com cópia deste.

É o voto.

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.052228-6, da Capital

Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, *CAPUT* E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA.

PRELIMINAR. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS PELO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CLARA IDENTIFICAÇÃO DA CONDUTA DO AGENTE E SUA TIPIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE DO PLENO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. ARGUIÇÃO REJEITADA.

ALMEJADA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS OU A DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO COMPARTILHADO DE DROGAS (§ 3º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ACUSADO SURPREENDIDO TRANSPORTANDO 283 FRASCOS DE CLORETO DE ETILA – “LANÇA-PERFUME”. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS UNÍSSONOS, FIRMES E COERENTES COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. ABORDAGEM MOTIVADA POR PRÉVIA DENÚNCIA ANÔNIMA INDICANDO A REALIZAÇÃO DO MERCADÃO NA REGIÃO. IRRELEVÂNCIA DE A DROGA CHEGAR AO DESTINO. TIPO PENAL DE AÇÃO MÚLTIPLA OU CONTEÚDO VARIADO QUE, NO CASO, AFASTA A FIGURA DA TENTATIVA. RECORRENTE QUE, ALÉM DE TRANSPORTAR, TRAZIA CONSIGO E GUARDAVA OS ENTORPECENTES. ADEQUAÇÃO DA CONDUTA AO DISPOSITIVO LEGAL. ALEGAÇÃO DE QUE A DROGA SERIA REPASSADA A TERCEIRO, ESTE QUE, POR SUA VEZ, A DIVIDIRIA ENTRE OS INTEGRANTES DO BLOCO DE CARNAVAL. CONDUTA QUE NÃO DESCARACTERIZA O COMÉRCIO ILÍCITO. REQUISITOS DO § 3º NÃO PREENCHIDOS. AUSÊNCIA DE OFERECIMENTO DA DROGA, TAMPOUCO DO COMPROMISSO DO CONSUMO CONJUNTO. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO INVIÁVEIS. ÉDITO CONDENATÓRIO MANTIDO.

DOSIMETRIA. PRETENDIDO AUMENTO DA FRAÇÃO PREVISTA

NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA QUE JUSTIFICA A DIMINUIÇÃO EM 1/3 (UM TERÇO). INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* OPERADO.

PLEITO PELA FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. NÃO CABIMENTO. CONQUANTO VIABILIDADE DE MODIFICAÇÃO PARA O SEMIABERTO. REGIME QUE DEVE SER ANALISADO À LUZ DO ART. 33, § 3º, DO CP, C/C O ART. 42 DO SISNAD. ACUSADO, NA ESPÉCIE, AGRACIADO PELA BENESSE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA, ALIADA AO *QUANTUM* DE PENA IRROGADA E À PRIMARIEDADE DO AGENTE. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL PARA O SEMIABERTO. VENCIDO O RELATOR NESTE PONTO QUE MANTINHA O REGIME FECHADO.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITO SUBJETIVO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO PREENCHIDO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO, EVIDENCIADA PELA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. PROVIDÊNCIA QUE SE MOSTRA INSUFICIENTE À REPROVAÇÃO E À PREVENÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO NEGADO.

PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. REPRIMENDA JÁ ARBITRADA, POR FORÇA DA MINORANTE, AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL, DE MODO A ATENDER OS DITAMES LEGAIS E EM VALORES MÓDICOS. MINORAÇÃO INVIÁVEL.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.052228-6, da comarca da Capital (2ª Vara Criminal), em que é apelante Rafael Barros Zanolo, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por maioria de votos, afastar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso para adequar o regime

para o semiaberto. Vencido o Exmo. Des. Relator que mantinha o regime fechado. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 11 de novembro de 2014, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 18 de novembro de 2014.

Leopoldo Augusto Brüggemann
RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca da Capital, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Rafael Barros Zanolo, dando-o como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, pela prática da conduta assim descrita na inicial acusatória:

No dia 25 de fevereiro de 2014, por volta das 9h, na Avenida Marinheiro Max Schramm, Bairro Jardim Atlântico, nesta Capital, o denunciado Rafael Barros Zanolo transportou, no veículo Citroen C4, cor vermelha, placas LOZ 6614, para fins de comercialização, fornecimento e distribuição, sem autorização e em desacordo com determinação legal, 283 frascos de Cloreto de Etila, popularmente conhecido como “lança perfume” e 5 (cinco) comprimidos de ecstasy, drogas estas capazes de causar dependência física e/ou psíquica, estando em uso proibido em todo território nacional, de acordo com a Portaria n. 344/98 e atualizações subsequentes, tudo consoantes Boletim de Ocorrência das p. 15/16, Termo de Exibição e Apreensão da p. 19 e Laudo de Constatação n. 108/14 das p. 27/28.

Por ocasião dos fatos, após receberem notícia sobre o transporte de drogas e um veículo com as características supramencionadas, policiais militares realizaram rondas pela região e lograram êxito em abordar o denunciado e

encontrar dentro do porta-malas do carro as drogas citadas acima, além de uma balança de precisão (fls. 67-68).

Concluída a instrução do feito, a denúncia foi julgada procedente para condenar o acusado às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, em seu mínimo legal, por infração ao disposto no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Foi-lhe negado o direito de apelar em liberdade (fls. 264-284).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, no qual postulou, em preliminar, seja reconhecida a inépcia da denúncia, com a consequente absolvição do apelante, por sustentar que os fatos foram insuficientemente descritos, prejudicando o exercício da ampla defesa. No mérito, clamou, igualmente, pela absolvição do recorrente, argumentando inexistir provas acerca do desenvolvimento do comércio ilícito de drogas. Sucessivamente, requereu a desclassificação do crime imputado para a figura prevista no § 3º do art. 33 da aludida Lei de Drogas (uso compartilhado). Quanto à dosimetria, pleiteou: a) a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo; b) a incidência do art. 33, §§ 2º e 3º c/c o art. 59, ambos do Código Penal, com a readequação do regime prisional inicial para o aberto; c) a redução da pena de multa ao mínimo legal; e, por fim, d) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 311-337).

Juntadas as contrarrazões (fls. 341-362), ascenderam os autos a esta instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther, opinou pelo não provimento do recurso (fls. 364-375).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra decisão que julgou procedente a denúncia e condenou o acusado às sanções previstas pelo art. 33, *caput* e §4º, da Lei n. 11.343/2006.

O apelo é de ser conhecido, porquanto presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Da inépcia da denúncia

Argumenta o recorrente a inépcia da exordial acusatória, em razão da não observância dos requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, mormente por não ter a peça descrito, suficientemente, a conduta típica supostamente praticada pelo denunciado, prejudicando, pois, a sua defesa.

Pelo exposto, pretende seja declarada a inépcia da denúncia, com a absolvição do recorrente.

Não é de ser acolhida a preliminar. Explica-se:

Textualiza o art. 41 do Código Processual Penal:

Art. 41. A denúncia ou queixa conerá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Colhe-se da leitura atenta dos autos que a proemial cumpriu todos os requisitos determinados pelo artigo supracitado, pois descreveu a ação criminosa – caracterizadora, em tese, do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, em sua modalidade “transportar” drogas –, situou a conduta dita ilegal no tempo e no espaço (dia 25 de fevereiro de 2014, por volta das 9h, na Avenida Marinheiro Max Schramm, Bairro Jardim Atlântico, nesta Capital), expôs a qualificação do acusado, a classificação do delito e trouxe o respectivo rol de testemunhas.

Nesse sentido, vale observar que é a partir da inicial que os fatos são delineados, inclusive é esta a razão da instrução probatória, necessária para o deslinde da *quaestio*. A peça inaugural não possui subsídio para já expor minuciosamente a reconstrução em tese do injusto perpetrado.

De outro turno, pelo conteúdo das manifestações apresentadas, *venia*, denota-se que o acusado não encontrou qualquer dificuldade em sua defesa.

Já disse o Superior Tribunal de Justiça que: “Não é inepta a denúncia que descreve fatos que, em tese, apresentam feição de crime e oferece condições plenas para o exercício da defesa” (RT 725/526).

Outrossim, do nosso Sodalício, colhe-se:

DENÚNCIA. PRELIMINAR DE INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. SE A DENÚNCIA DESCREVE O FATO TÍPICO IMPUTADO AOS ACUSADOS, PROPICIANDO AMPLA DEFESA, NÃO PODE SER CONSIDERADA INEPTA, MUITO MENOS O ALEGADO ABUSO DE PODER MINISTERIAL, UMA VEZ QUE, EM NENHUM MOMENTO HOUVE DIFICULDADE NA ELABORAÇÃO DA DEFESA. INTELIGÊNCIA DO ART. 41 DO CPP. REJEITADA, PORTANTO, A PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. [...] (Apelação Criminal n. 31.177, de São José, rel. Des. Cláudio Marques).

Incabível, pois, a preliminar aventada, na medida em que a exordial acusatória preencheu os pressupostos legais preconizados pelo art. 41 do Diploma Processual Penal e, com isso, permitiu ao denunciado apelante realizar o pleno exercício de seu direito de defesa, o que foi feito com plena facilidade, segundo é apanhado das manifestações escritas por parte do defensor.

Do mérito

Quanto ao mérito, clamou o recorrente pela absolvição, argumentando inexistir provas acerca do comércio ilícito de drogas, enfatizando que a tentativa de transporte para uso compartilhado não constitui crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Sucessivamente, requereu a desclassificação do crime imputado para a figura prevista § 3º do art. 33 da aludida Lei de Drogas (uso compartilhado).

Em que pese a força combativa da defesa, os requerimentos não merecem acolhida.

Textua o art. 33 da Lei n. 11.343/2006:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, **transportar**, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (grifou-se).

Por sua vez, assim preceitua o § 3º do aludido dispositivo de lei:

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

Pois bem, consta da peça inaugural, em síntese, que, na data de 25 de fevereiro de 2014, o acusado Rafael foi flagrado transportando, no interior do veículo Citroen C4, 283 (duzentos e oitenta e três) frascos de cloreto de etila, popularmente conhecido como “lança-perfume”, e mais 5 (cinco) comprimidos da droga conhecida como *ecstasy*, tudo para fins de comercialização, fornecimento e distribuição, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

Outrossim, colhe-se que a apreensão dos entorpecentes pela polícia foi motivada por prévias denúncias apontando o transporte de drogas em um veículo Citroen C4, cor vermelha, placas LOZ 6614. Extraí-se, ainda, que com o acusado também foi encontrada uma balança de precisão.

A materialidade do fato restou demonstrada, conforme se infere do teor do próprio auto de prisão em flagrante, mormente diante do boletim de fls. 15-16, do termo de exibição e apreensão de fl. 19, do laudo de constatação de fls. 27-28 e dos laudos periciais de fls. 125-126 e 128-129, nestes restando verificado e apurado pelos peritos tratar-se de 5 (cinco) comprimidos contendo as substâncias benzocaína, clobenzorex, MDMA e MDEZ (estas três últimas de uso proibido em todo território nacional pela Portaria n. 344/1998 da Anvisa) e mais 283 (duzentos e oitenta e três) frascos de vidro incolor, contendo cloreto de etila, conhecido popularmente como “lança-perfume”, substância psicotrópica listada na citada portaria.

Quanto à autoria e culpabilidade do apelante, tal como à subsunção da conduta praticada com o tipo penal incriminador imputado na exordial acusatória – tráfico ilícito de entorpecentes – dúvidas, igualmente, inexistem.

Num só tom, os policiais que efetivaram a abordagem do acusado, Eduardo Patrício de Souza e Claudio Renato Peres, ouvidos sob o crivo do contraditório (CD de fl. 212v.), afirmaram que a guarnição recebeu informações no sentido de que um veículo C4, de cor vermelha, placa “tal”, estaria transportando “lança-perfume” e *ecstasy*, em decorrência das festividades do Carnaval, e repassando pela região. Com base nas denúncias, efetivaram rondas e lograram localizar o aludido automóvel, este que era conduzido pelo acusado Rafael, e encontraram em seu porta-malas grande quantidade de lança-perfume (duas caixas). Mencionaram que, indagado, o acusado informou que havia recebido a mercadoria e que já havia destinatário certo para entrega. Quanto aos comprimidos de *ecstasy* e balança de precisão afirmaram que estes foram localizados na residência do acusado e, com relação a eles, Rafael afirmara que se destinavam ao consumo pessoal. Outrossim, Cláudio mencionou que a balança de precisão foi localizado no guarda-roupas de Rafael, juntamente com os comprimidos de *ecstasy*.

Por oportuno, salienta-se que os depoimentos dos agentes públicos, prestados sob o crivo do contraditório judicial, são harmônicos entre si, bem como em relação às demais provas existentes nos autos. Desse modo, são aptos a fundamentar o decreto condenatório.

A respeito de sua validade, Hugo Nigro Mazzilli ensina:

Não merece o depoimento dos policiais uma eiva abstrata e genérica de suspeição. Se o Estado encarrega seus agentes do grave *munus* de defender a coletividade contra o crime, se os arma, se lhes dá o poder de polícia, se lhes atribui a investigação de crimes e até o direito de prender pessoas a apreender bens, seria rematado contra-sensu recusar-lhes a *priori* qualquer crédito ao seu depoimento, apenas porque são policiais. Ora, seu testemunho há de ser aferido no contexto instrutório, no seu todo, e se, longe de desmentido pela instrução, for com essa coerente, razão não há para recusá-lo (RT417/94).

Não discrepa a orientação jurisprudencial:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ARTS. 33, DA LEI N.º 11.343/06, 304 E 333, DO CÓDIGO PENAL. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. **DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE DE PROBATÓRIA**. ILEGALIDADE DA DOSIMETRIA DAS PENAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA.

Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal (STJ - HC 149540 / SP, Quinta Turma, rela. Mina. Laurita Vaz, j. 12/04/2011) (grifei).

De qualquer modo, não existe o mínimo indício de que os policiais estejam querendo defender qualquer interesse particular mesmo porque, sequer conheciam o acusado (JC 79/756/757).

Válida, portanto, a prova constituída pelos agentes públicos.

Por sua vez, o acusado, por ocasião de seu interrogatório judicial (CD de fl. 212v.), confirmou ter sido flagrado pelos agentes policiais quando transportava, no interior do veículo Citroen C4, de cor vermelha, diversos frascos contendo cloreto de etila – “lança-perfume”. Conquanto, justificou ele que a substância seria dividida entre os seus colegas, todos integrantes de um bloco de Carnaval, e consumida durante os cinco dias de festividades. Complementou, ainda, que o organizador do citado bloco era Jonas (pessoa, contudo, que não identificou), tendo apenas lhe prestado um favor quando se dirigiu até o posto de gasolina para apanhar os frascos contendo “lança-perfume”, os quais posteriormente seriam apanhados por Jonas, diga-se, pessoa fictícia. Declarou, ainda, que não havia conhecimento da quantidade de frascos que iria transportar, entretanto, pelo número de integrantes do bloco, mais de 20 (vinte) pessoas, imaginava tratar-se de mais de 100 (cem). Explicou, ainda, que pagou o valor de R\$ 300,00 (trezentos) reais a Jonas e, por este valor, teria direito a bebida e comida durante os cinco dias de Carnaval, além de 8 (oito) frascos de “lança-perfume”. Ressaltou que não pretendia vender ou repassar os produtos, sendo que apenas foi apanhar a droga a pedido do desconhecido Jonas.

Os colegas de Rafael, supostos integrante do bloco carnavalesco, Fabrício dos Santos e Sharooz Ebrahimi (CD de fl. 212v.), confirmaram a versão do acusado de que o aludido bloco era organizado por Jonas (pessoa que, estranhamente, tal como o acusado, não souberam revelar a sua identidade completa), também declararam que pagariam a Jonas a quantia de R\$ 300,00 (trezentos reais), correspondentes a comida e bebida consumida nos cinco dias de Carnaval e reforçaram, outrossim, que os tubos de “lança-perfume” seriam entregues a quem desejasse, já estando a droga compreendida no aludido valor pago. Declararam eles, ainda, que o acusado era pessoa trabalhadora e que nada sabiam que o ligasse ao comércio ilícito.

A irmã do acusado, Fernanda Barros Zanolo, confirmou que estava em sua residência no momento da busca domiciliar realizada pelos agentes, afirmando ter visualizado quando os policiais apreenderam a balança de precisão, que estava na cozinha, pois era utilizada por seu irmão para pesar suplementos alimentares, tal como confirmou que em sua casa foram localizados 5 (cinco) comprimidos de *ecstasy*, os quais desconfia destinarem-se ao uso pessoal de Rafael. Ponderou, outrossim, ter conhecimento de que iria ser realizado uma festa de carnaval da qual o seu irmão participaria, contudo, declarou não ser ele o organizador de tal evento. No mais, mencionou nunca ter suspeitado de que seu irmão praticasse o comércio ilícito de entorpecentes, pois levava ele uma vida normal, trabalhando diariamente na função de corretor de seguros.

Por fim, as testemunhas Bruno Djauro Pires e Diego Eller da Silva, apenas abonaram a conduta do acusado e confirmaram laborar ele na função de corretor de seguros.

Ora, em que pese as argumentações defensivas do acusado, em partes corroboradas pelas testemunhas que arrolou, o fato é que fora ele flagrado pelos agentes policiais transportando grande quantidade (283 frascos) de cloreto de etila (“lança-perfume”), substância psicotrópica de uso proibido em todo território nacional, tendo ele próprio confirmado que o produto seria repassado a consumo de terceiros durante as festividades do Carnaval.

Portanto, com a posse, pelo transporte, evidente o nexo etiológico do apelante com o estupefaciente apreendido.

Como se não bastasse, os policiais que efetivaram a apreensão da substância ilícita transportada afirmaram que apenas realizaram a abordagem do acusado em razão de prévias denúncias informando que o veículo que Rafael conduzia (marca Citroen C4, cor vermelha, placa LOZ 6614) seria utilizado para a disseminação de entorpecentes (lança-perfume e *ecstasy*) na região, em razão das festividades do Carnaval.

Confirmando o destino da droga, as testemunhas Fabrício dos Santos e Sharooz Ebrahimi declaram que os tubos de “lança-perfume” seriam entregues aos integrantes do bloco carnavalesco, já estando a droga inserida no valor cobrado para ingresso no grupo.

Neste contexto – abstraindo-se da análise os cinco comprimidos de *ecstasy*, uma vez que com relação a eles paira a dúvida quanto ao efetivo destino mercantil –, restando claro nos autos que o acusado foi flagrado transportando 283 (duzentos e oitenta e três) frascos de “lança-perfume”, existindo, outrossim, provas suficientes de que as substâncias seriam repassadas a terceiros consumidores, caracterizado está o tráfico ilícito de entorpecentes, na modalidade “transportar”.

Com efeito, não se duvida que o acusado tenha praticado o mercadejo de forma ocasional e, até arrisca-se dizer, de forma única em sua vida, conquanto é inegável que auxiliou ele na disseminação de grande quantidade de drogas, mediante a realização do transporte da mercadoria até o seu destinatário.

Neste cenário, caracterizada está a conduta tipificada no art. 33 da Lei de Drogas.

Aliás, descabida a tese defensiva de absolvição, ao argumento de que, por inexistir a figura da tentativa no crime de tráfico, não houve ação punível.

É sabido que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é um tipo de ação múltipla ou de conteúdo variado, bastando, pois, à caracterização do injusto, que o agente pratique uma das ações descritas em seu núcleo.

Portanto, em se tratando de dezoito verbos (importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuita-

mente), é muito rara a figura da tentativa, porém, segundo o escólio de Guilherme de Souza Nucci, não é impossível, como por exemplo, pode ocorrer na forma “adquirir”.

Neste sentido leciona o douto:

A tentativa do tráfico ilícito de entorpecentes é rara em face das dezoito condutas típicas previstas no tipo do art. 33. Quem traz consigo a droga já consumou a infração, logo, é muito difícil pensar em tentativa de venda, afinal, para vender é preciso ter consigo. Por outro lado, não é impossível. A tentativa de adquirir entorpecentes é viável, por exemplo, até pelo fato de que quem pretende comprar não traz consigo a droga. (*Lei penais e processuais penais comentadas*. 7 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 313).

A respeito, também colhe-se da obra de Luiz Flávio Gomes:

Consuma-se o crime com a prática de qualquer um dos núcleos trazidos pelo tipo, não se exigindo efetivo ato de tráfico. Deve ser lembrado que algumas modalidades são permanentes, protraindo o seu momento consumativo no tempo e no espaço (por exemplo, expor à venda, trazer consigo, manter em depósito, guardar, etc.). A multiplicidade de condutas incriminadas parece inviabilizar a tentativa. Assim já se decidiu (na vigência da lei anterior):

“Em razão da superposição de tipos que definem as condutas do delito previsto no art. 12 da Lei 6.368/76, é impossível o reconhecimento da tentativa na conduta da filha que remete pelo correio pequena quantidade de droga para sua mãe, pelo fato de a substância ter sido interceptada e apreendida antes de chegar às mãos da destinatária, pois, antes de remeter o entorpecente, a acusada já o tinha adquirido, mantido em depósito e transportado, circunstâncias que, por si sós, são suficientes para caracterizar o crime de tráfico na forma consumada”.

Há, no entanto, corrente minoritária em sentido contrário:

“Em sede de crime de tráfico de entorpecentes, na modalidade de remeter a encomenda tóxica por via postal, não se consuma o delito se a droga é apreendida nos Correios antes de ser enviada ao destinatário, configurando-se, na hipótese a tentativa perfeita” (*Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 152-153).

In casu, tendo em vista que Rafael além de transportar, trazia consigo e também guardava a droga em seu automóvel quando ocorreu a apreensão policial, não há cogitar falar na figura da tentativa, muito menos em crime impossível.

Em caso análogo, assim já decidiu esta Corte:

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. RECURSO DA DEFESA. RÉU IDÉRIO. [...] MÉRITO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). MATERIALIDADE DEMONSTRADA. AUTORIA AMPLAMENTE COMPROVADA PELA CONFISSÃO JUDICIAL DO RÉU, CORROBORADA PELOS DEPOIMENTOS DOS AGENTES POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE E A APREENSÃO DO ENTORPECENTE. **CONSUMAÇÃO DO NARCOTRÁFICO QUE OCORRE PELO SIMPLES ATO DE TRANSPORTAR A DROGA ESCONDIDA DENTRO DE VEÍCULO AUTOMOTOR, INDEPENDENTEMENTE DE TER CHEGADO AO DESTINO FINAL. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA TENTATIVA INVIÁVEL. CONDENAÇÃO MANTIDA.** [...] (Apelação Criminal n. 2011.020601-5, de Curitiba, rel. Des. Newton Varela Júnior, j. 05/07/2011 – grifou-se).

E também esta Câmara:

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. [...] MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO INVIÁVEL. MATERIALIDADE, AUTORIA E CULPABILIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PALAVRAS FIRMES E FORTES DOS POLICIAIS QUE EVIDENCIAM O DELITO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME DEVIDAMENTE CARACTERIZADO. **TENTATIVA AFASTADA. DELITO QUE SE CONSUMA COM O SIMPLES TRANSPORTE DO ENTORPECENTE, CONFORME PREVÊ O ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. CRIME CONFIGURADO NA FORMA CONSUMADA.** APLICAÇÃO DAS FIGURAS TIPIFICADAS NOS §§ 2º E 3º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. INADMISSIBILIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. (Apelação Criminal n. 2009.054471-2, de Campos Novos, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 19/11/2009 – grifou-se)

APELAÇÃO CRIMINAL. [...] TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL COM MACONHA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. **DESCLASSIFICAÇÃO PARA OS DELITOS DE PORTE PARA USO PRÓPRIO E USO COM-PARTILHADO. NÃO CABIMENTO.** FIRME ELENCO PROBATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 33, § 2º, DA LEI N. 11.343/06. PRÁTICA DE COMPORTAMENTO CARACTERIZADOR DO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. **RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. IMPROPRIEDADE.** [...] (Apelação Criminal n. 2014.046484-3, de Tubarão, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 12/08/2014 – grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MATERIALIDADE COMPROVADA POR MEIO DE PERÍCIA. AUTORIA DELINEADA PELA CONFISSÃO DO RÉU, SOB O MANTO DO CONTRADITÓRIO, EM CONSONÂNCIA COM AS PALAVRAS DOS POLICIAIS E DE USUÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE QUE NÃO DEIXAM DÚVIDAS SOBRE O COMÉRCIO ILÍCITO. AGENTE ABORDADO NO MOMENTO DA NEGOCIAÇÃO DA DROGA, COM GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE FRACIONADO E EMBALADO, ALÉM DE GRANDE APREENSÃO DE MOEDAS NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO QUE NÃO MERECE GUARIDA. **PLEITO DE RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME INSTANTÂNEO. ACUSADO QUE MANTINHA EM DEPÓSITO EM SUA RESIDÊNCIA E QUE NO MOMENTO DA ABORDAGEM TRAZIA CONSIGO ESTUPEFACIENTES COM A FINALIDADE DE VENDA. REQUERIMENTO AFASTADO.** [...] (Apelação Criminal n. 2012.078232-9, de Blumenau, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 02/04/2013 – grifou-se).

Portanto, não prosperam as teses de ser a conduta atípica por não ter ela alcançado a consumação.

Não há cogitar, assim, na absolvição, tampouco na desclassificação do crime para a modalidade prevista no § 3º do art. 33 da Lei Antitóxicos.

Conforme texto de lei já antes transcrito, o aludido § 3º do art. 33 da Lei de Drogas pune a conduta daquele que **oferece** drogas, eventualmente, e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem.

Portanto, para caracterização da mencionada figura privilegiada faz-se necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: (a) forma eventual; (b) sem objetivo de lucro (ou qualquer tipo de vantagem ou benefício); (c) que seja oferecida a pessoa amiga ou, ao menos, conhecida; (d) para consumo em conjunto. Não há a figura do transporte.

Acerca do tema, disserta Luiz Flávio Gomes:

Pratica este crime aquele que oferece droga à pessoa de seu relacionamento. Assim, parece claro que o tipo exige uma relação (de fato ou jurídica) ligando os sujeitos (parentes, amigos, colegas, namorados, etc.). Figura-se como sujeito passivo, ao lado do Estado, o indivíduo tentado pela ação do agente. **Pune-se a conduta daquele que oferece a droga (substância assim definida na Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998)**, eventual-mente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem. Se o oferecimento for frequente e/ou visar enriquecimento (mesmo que indireto) do fornecedor, o crime passa a ser de tráfico (art. 33, caput). Dentro desse espírito, parece óbvio que responderá por tráfico aquele que oferece gratuitamente droga visando a futuros consumidores, isto é, para que pessoas (ainda que de seu relacionamento) experimentem a substância e confirmem a qualidade, fomentando futuras compras (GOMES, Luiz Flávio [et al.]. *Nova Lei de drogas comentada: Lei 11.343, de 23-8-2006*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 163-164).

Ora, no caso presente não houve oferecimento de drogas – o recorrente sequer afirmou que iria buscar a droga com a finalidade de oportunamente oferecer aos seus colegas para juntos consumirem –, como também não houve qualquer comprometimento das partes com o uso compartilhado do entorpecente.

Ao contrário, as provas dão conta que o denunciado efetivou o **transporte** da droga com o intuito de entregá-la a terceiro (suposto Jonas), este que seria o responsável pela disseminação do psicotrópico entre os participantes do bloco de carnaval, incluindo-se o acusado entre eles.

Colhe-se, ademais, que a droga iria ser repassada aos integrantes do bloco carnavalesco, mediante o pagamento da quantia de R\$ 300,00 (trezentos reais), valor que compreendia as despesas com comida e bebida consumidas durante os 5 (cinco) dias de festividades, como também dava direito às substâncias psicotrópicas. Não há provas que apontem que os suposto integrantes do grupo teriam assumido o compromisso de apenas consumirem os entorpecentes em conjunto. As duas testemunhas arroladas pelo acusado sequer confirmaram que fariam uso da droga.

De mais a mais, não é crível que 283 (duzentos e oitenta e três) frascos de “lança-perfume” destinavam-se a consumo de aproximadas 20 (vinte) pessoas em 5 (cinco) dias (mormente considerando que as duas testemunhas, que prestaram depoimentos em juízo mencionaram que não iriam consumir os entorpecentes). Ora, se assim o fosse, cada indivíduo teria que consumir aproximados 3 frascos da substância por dia. Quantia excessiva.

Sobre o tema, bem pontuou o Togado *a quo*:

O uso compartilhado não passa pelo transporte de material para utilização futura de número indefinido de pessoas, grande parte delas sequer conhecida. Não bastasse, o acusado disse que pegaria oito frascos condizente aos valores pagos pelo bloco de carnaval e o restante ficaria com o terceiro agitador que se responsabilizaria pela destinação do material, sem nenhum comprometimento de uso simultâneo ou conjunto.

Inexiste, portanto, o compartilhamento.

Mas é a narrativa da exordial acusatória que merece prosperar. A defesa poderia ter se valido de simples esclarecimentos como filmagens do sistema de segurança do posto de gasolina em que se deu a negociata, ou ainda, identificação da origem da ligação telefônica recebida pelo acusado para a busca do material (na tentativa de identificar o tal fornecedor), todavia, quedou-se completamente inerte nos autos.

Vale salientar que o acusado chegou a apontar o valor de R\$ 300,00 para participação da festa carnavalesca (cujo itinerário diverge entre os envolvidos),

encampando cinco dias de festa com comida, bebida e uso de material entorpecente (R\$ 60,00 diários); valor absurdamente cobrado de todos os frequentadores do bloco, seja usuário ou não. Tal fato suficientemente estranho, não só pela “pouca” quantia cobrada – incompatível com a realidade festiva de carnaval envolvendo jovens que se aventuram por cidades catarinenses – como pelas pessoas envolvidas – número não apurado com exatidão: 20 ou 30 pessoas, sem que ao menos se conhecessem, em que pese a afirmação veemente do testigo Sharooz quanto à reiteração anual da festa (dando conta da habitualidade das pessoas envolvidas).

A matemática ministerial visa a “tentar dividir” o número de frascos pelo número de supostos participantes, resultado este inócuo pela falta de dados precisos; não tendo como fracionar o material pelos envolvidos imaginários.

Há grande fragilidade na colcha de retalhos criada pela defesa do acusado, especialmente ao não justificar as razões que o motivaram a buscar o material embalado, com um veículo completamente estranho, considerando o “pouco” contato com o “mentor” Jonas; diversos são os argumentos, mas nenhum deles a ponto de desfazer o conjunto probatório formado.

Neste pensar, também não socorre ao acusado a aplicação do princípio “*in dubio pro reo*”, porquanto, ao meu sentir, inexistem dúvidas capazes de ensejar uma absolvição, alertando-se que a condenação em foco atende ao princípio do livre convencimento motivado, por estarem os indícios, em verdade, perfeitamente concatenados, existindo entre eles relação de causalidade, bem como as provas colhidas na fase inquisitorial, apesar do seu caráter informativo, encontram ressonância nas demais provas, revestindo-se de valor probante.

Com efeito, diante da farta prova produzida, do material tóxico apreendido e das circunstâncias em que ocorreram a prisão e a ação policial, não há como se negar que o acusado praticava a atividade ilícita, destacando o acerto com terceiros não identificados para a aquisição de grande escala de estupefacientes, sendo que para a tipificação do crime basta que o agente pratique uma das ações ali previstas, dentre elas, a de “transportar” substância entorpecente, suficientemente descrita na denúncia.

Ora, diante de tal contexto, não há como se afastar o decreto condenatório, à luz do disposto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 em relação ao acusado (fls. 275-277).

Portanto, ao contrário do quis fazer crer a defesa, as circunstâncias do caso – as prévias denúncias recebidas pelos policiais atestando a disseminação de drogas pela região e apontando o veículo conduzido pelo acusado como o responsável pelo transporte; a grande quantidade de drogas apreendida com o denunciado; a míngua de informações trazidas pelo recorrente acerca do apontado responsável pela droga (suposto Jonas) –, permitem chegar a clara convicção que efetivamente se está a tratar de tráfico ilícito de entorpecentes, na modalidade, “transportar”.

Em casos semelhantes, esta Corte assim já decidiu:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. [...] **DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA, ALIADOS A OUTROS ELEMENTOS QUE CONFIGURAM O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006 IMPOSSÍVEL. OFERECIMENTO EVENTUAL E GRATUITO DE DROGA PARA JUNTOS CONSUMIREM. CONDUTA INICIALMENTE DETECTADA PELOS AGENTES PÚBLICOS QUE PODERIA CONFIGURAR DELITO MENOS GRAVE. TODAVIA, ANTE A APREENSÃO DAS DROGAS E APETRECHOS NA RESIDÊNCIA DO APELANTE, E POR ESTAR EVIDENCIADO A TRAFICÂNCIA, A DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA DO § 3º, DO ART. 33, DA LEI DE DROGAS NÃO É POSSÍVEL.** PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DE EXECUÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Criminal n. 2011.039719-6, da Capital - Continente, rela. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 19/03/2013 – grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL. UTILIZAÇÃO DE LOCAL PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 1º, III, DA LEI N. 11.343/2006. MATERIALIDADE E AUTORIA SOBEJAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE REALIZARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE ISENTOS DE MÁCULA E EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. **IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO BEM COMO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO PESSOAL OU USO COMPARTILHADO**

[...] (Apelação Criminal n. 2011.089490-6, de Itajaí, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. 20/03/2012 – grifou-se).

E também esta Câmara:

APELAÇÃO CRIMINAL. [...] TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL COM MACONHA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. **DESCCLASSIFICAÇÃO PARA OS DELITOS DE PORTE PARA USO PRÓPRIO E USO COMPARTILHADO. NÃO CABIMENTO. FIRME ELENCO PROBATÓRIO.** DESCCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 33, § 2º, DA LEI N. 11.343/06. PRÁTICA DE COMPORTAMENTO CARACTERIZADOR DO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. IMPROPRIEDADE. REDUÇÃO DA PENA. MÚLTIPLAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. MAUS ANTECEDENTES E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. SANÇÃO PRESERVADA. RECURSO NÃO PROVIDO (Apelação Criminal n. 2014.046484-3, de Tubarão, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 12/08/2014 – grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES. DECLARAÇÕES DOS POLICIAIS QUE ATUARAM NAS INVESTIGAÇÕES, ALIADAS AO DEPOIMENTO DE USUÁRIO E RELATÓRIO DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, QUE NÃO DEIXAM DÚVIDAS ACERCA DA PRÁTICA ILÍCITA. FINALIDADE MERCANTE DEMONSTRADA. **DESCCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO COMPARTILHADO IMPOS-SÍVEL.** DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO (Apelação Criminal n. 2014.033395-7, de Videira, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 05/08/2014 – grifou-se).

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, C/C § 4.º, DA LEI N. 11.343/06). MATERIALIDADE COMPROVADA POR MEIO DE LAUDO PERICIAL. AUTORIA DELINEADA PRINCI-

PALMENTE PELAS PALAVRAS DOS POLICIAIS CIVIS, QUE, APÓS DIVERSAS DENÚNCIAS, EFETUARAM CAMPANAS E CONSTATARAM O COMÉRCIO ESPÚRIO PRATICADO PELO RÉU. PLEITO ABSOLUTÓRIO INVIÁVEL. **DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO COMPARTILHADO. INVIABILIDADE.** PALAVRAS DOS AGENTES PÚBLICOS NO SENTIDO DE QUE VIRAM TROCAS DE ENTORPECENTE. FATO DE, EVENTUALMENTE, FAZER USO COMPARTILHADO QUE NÃO ILIDE A CONDUTA DO TRÁFICO. PEDIDO AFASTADO [...] (Apelação Criminal n. 2013.076931-7, de Santa Rosa do Sul, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 18/03/2014 – grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL [...] TRÁFICO DE DROGAS - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEMONSTRADAS - DROGA NÃO APREENDIDA NA POSSE DIRETA DO ACUSADO - IRRELEVÂNCIA - EXISTÊNCIA DE NEXO ETIOLÓGICO - DECLARAÇÕES FIRMES E HARMÔNICAS DE USUÁRIO EM AMBAS AS FASES PROCEDIMENTAIS - DESTINAÇÃO COMERCIAL COMPROVADA - **DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO COMPARTILHADO INVIÁVEL - REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS** - CONDENAÇÃO PRESERVADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 - REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS - PROVAS INSUFICIENTES DA HABITUALIDADE - CONCESSÃO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO (Apelação Criminal n. 2012.038060-6, de Videira, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 24/07/2012 – grifou-se).

Portanto, o acervo probatório dá conta de demonstrar a responsabilidade do recorrente pela prática de atos dirigidos ao implemento de um dos verbos núcleos do tipo grafado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tornando-se impossível acolher os pedidos de absolvição ou desclassificação formulados pela defesa, que não colacionou provas aptas a afastar a acusação que pesa contra o seu defendido.

Assim, não há como prover, neste tocante, o recurso interposto.

Da dosimetria

Da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006

Sucessivamente, requereu a defesa a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu patamar máximo – 2/3, por argumentar que o ocorrido nada mais foi do que um evento ocasional, único e isolado na vida do recorrente.

Inviável.

Para incidência da aludida redutora, de fato, avaliou-se a condição do acusado de ser um traficante de “primeira viagem”.

Neste sentido, dispõe o aludido dispositivo de lei:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

[...]

§4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, **as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços**, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, **desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.**

A respeito disso, preleciona Guilherme de Souza Nucci:

Causa de diminuição de pena: cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do *traficante de primeira viagem*, o que merece aplauso. **Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput ou § 1.º, se for primário** (indivíduo que não é reincidente, vale dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 e 64 do Código Penal) **e tiver bons antecedentes** (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), **não se dedicando às atividades criminosas, nem integrando organização criminosa, pode valer-se de pena mais branda** (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 330).

Conquanto, no tocante *ao quantum* de redução a ser empregado, sabe-se que fica à discricionariedade motivada do julgador de acordo com as particularidades da hipótese em análise, conforme redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

In casu, a redução da pena na fração de 1/3 (um terço) revelou-se razoável diante das circunstâncias do caso concreto, em que restou apreendida considerável quantidade de droga em poder do acusado – 283 (duzentos e oitenta e três) frascos de “lança-perfume” –, tal como bem fundamentou o digno Togado *a quo* à fl. 279.

Acerca da utilização da quantidade e da natureza da droga como critério para diminuição da pena, ensinam Luis Flávio Gomes, Alice Bianchini, Rogério Sanches e William Terra de Oliveira:

A simples leitura do parágrafo pode induzir o intérprete a imaginar que o benefício está na órbita discricionária do juiz. Contudo, parece-nos que, preenchidos os requisitos, o magistrado não só pode, como deve reduzir a pena, ficando a sua discricionariedade (motivada) limitada à fração minorante (esta orientada pela quantidade e/ou espécie da droga apreendida) (*Lei de drogas comentada*. Lei 11.343, de 23/8/2006. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 197).

A propósito do tema já decidiu esta Câmara:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/06, ART. 33, CAPUT). CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. APREENSÃO DE DROGAS NA RESIDÊNCIA DA ACUSADA. DENÚNCIA DA PRÁTICA DE TRÁFICO DE DROGAS NA LOCALIDADE. DESNECESSIDADE DE PROVA DE ATOS DE MERCANCIA. CONDUTA DE GUARDAR QUE CARACTERIZA O DELITO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

[...] CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (LEI N. 11.343/06, ART. 33, § 4.º). BENEFÍCIO APLICADO NA SENTENÇA. PATAMAR DE REDUÇÃO ALTERADO DE 2/9 PARA 1/3. REPRIMENDA ADEQUADA. **Conquanto o § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas não estabeleça quais são os critérios que o juiz deve analisar para escolher a fração de**

diminuição da pena, a doutrina e a jurisprudência pátria pacificaram o entendimento de que, tratando-se de causa especial de diminuição de pena, a natureza e a quantidade da droga, bem como a personalidade e a conduta social do acusado, servirão para a escolha do quantum de redução (Apelação Criminal n. 2012.059232-8, de Blumenau, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 18/09/2012 – grifou-se).

Desta forma, inviável a minoração da reprimenda.

Do regime inicial de resgate da reprimenda

A defesa pugna pela substituição do regime inicial de cumprimento de pena, do fechado para o aberto, uma vez que o STF declarou inconstitucional a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para crimes hediondos e equiparados, tal como por sustentar inexistir fundamentação adequada para o arbitramento do regime mais severo, mormente considerando o disposto nos arts. 33 e 59 ambos do Código Penal.

Por maioria de votos, esta Câmara entendeu que o recurso merece ser parcialmente provido, com a modificação do regime prisional para o semiaberto, vencido este relator no ponto.

Ab initio, cumpre ponderar que este relator votou pela manutenção do regime mais gravoso ao recorrente em razão da quantidade significativa de entorpecentes apreendidos em seu poder, tal como em razão da gravidade concreta do delito – equiparado a hediondo, inafiançável e insuscetível de graça ou anistia –, observando-se as consequências destrutivas da droga e a atividade criminosa que ela fomenta.

Outrossim, entende-se que a decisão atacada foi devidamente fundamentada ao fixar o regime mais rigoroso, asseverando o togado não só a hediondez do crime, mas também a gravidade concreta da situação, por força da quantidade de estupefacientes transportado pelo acusado, tal como por considerar que a droga seria disseminada em festas que envolviam um público jovem (fl. 281).

Por fim, assinala-se que, no entender deste relator, a decisão que declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, determinando, conseqüentemente, seja observado o disposto no HC n. 111.840, somente produziu efeitos entre as partes, ou seja, não possui aplicação *erga omnes*.

Conquanto, como dito, a maioria dos membros desta Câmara entenderam que a hipótese comporta a modificação do regime prisional para o semiaberto, ao argumento de que o regime fechado afigura-se incompatível com a benesse do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, fundamentalmente considerando os atributos pessoais positivos do acusado.

Conforme o previsto no art. 33, § 3º, do CP, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser fixado em atenção aos critérios estabelecidos no art. 59, *caput*, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para o crime de tráfico de drogas.

No caso presente, a fixação do regime inicial fechado mostra-se excessiva, pois tal regime é incompatível com o reconhecimento da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Ponderam os demais membros que, se referido benefício é concedido a agente primário, com bons antecedentes, e que não se dedique à atividade criminosa, nem integre organização criminosa, obviamente é dirigido ao “traficante de primeira viagem”, ou seja, àquele que, há pouco tempo, ingressou no mundo do crime, devendo, por isso, ter tratamento diferenciado em relação ao traficante contumaz.

Assim, *in casu*, considerando a inexistência de circunstâncias judiciais negativas, que houve o reconhecimento da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, aliada à primariedade do réu e ao *quantum* de pena irrogada, afigura-se razoável a fixação do regime semiaberto, o qual se mostra adequado à prevenção e à repreensão da conduta prati-

cada pelo apelante, e satisfaz a exigência de motivação idônea exigida pela Súmula 719 do STF.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso no ponto, fixando-se o regime inicial semiaberto para o cumprimento inicial da reprimenda.

Da substituição da pena por restritivas de direito

Máxima vênia aos argumentos defensivos, o pleito não merece guarida.

Muito embora a Resolução do Senado n. 5, de 15/2/2012, tenha determinado a suspensão da execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* n. 97.256/RS, no caso em exame, em que pese a pena final ter atingido patamar inferior a 4 (quatro) anos, não restou preenchido o requisito subjetivo para a concessão, *ex vi* do art. 44, inciso III, do Código Penal, sobretudo considerando a quantidade de drogas transportadas pelo apelado.

É bem de ver, ainda, que a distribuição de substâncias entorpecentes dissemina a infelicidade nos lares, dizima famílias, avassala o ser humano, retira-lhes a dignidade, em manifesto ato contra a sociedade organizada, e fomenta a prática de crimes outros, cuja razão (**motivo**) maior é a obtenção do lucro fácil em virtude da desgraça de muitos (**circunstâncias**) (**requisitos subjetivos**). É crime demasiadamente caro à sociedade para ter como retribuição tão somente “penas restritivas de direitos que não são suficientes para atender aos fins retributivo e preventivo da pena que lhe é cominada” (Apelação Criminal n. 2007.020494-6, de São José, rel. Des. Victor Ferreira, j. 21/10/2008).

Desse modo, a teor do que dispõe o art. 44, inciso III, do Código Penal, não é recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Da pena de multa

Por fim, busca a defesa, ainda, a redução da pena de multa ao mínimo legal.

Mais uma vez o pleito não procede.

Ocorre que, além de o arbitramento da multa já ter restado fixado aquém do mínimo legal, em razão da incidência da benesse do § 4º do art. 33 da Lei Antitóxicos – mais precisamente em 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa –, o seu arbitramento atendeu aos critérios legais, segundo o sistema bifásico, inexistindo quaisquer aumentos excessivos e desproporcionais que justificassem sua mitigação.

Verifica-se, outrossim, que o dia-multa já foi fixado no mínimo legal previsto, qual seja, 1/30 (um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos), levando-se em consideração as condições pessoais do acusado.

Diante de tais razões, a pena pecuniária não merece qualquer reparo, pois fixada de modo a atender os ditames legais.

Em decorrência, vota-se pelo conhecimento e, afastada a preliminar, pelo parcial provimento do recurso para adequar o regime para o semiaberto, vencido o Exmo. Des. Relator neste ponto.

É o voto.

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.067414-5, de Palhoça

Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES, PELO EMPREGO DE ARMA E PELA RESTRIÇÃO À LIBERDADE DAS VÍTIMAS (ART. 157, § 2º, I, II, E V, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELOS DEFENSIVOS.

IRRESIGNAÇÃO DE CÍCERO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA PROLATADA EM AUDIÊNCIA. VÍCIO VERIFICADO. FUNDAMENTAÇÃO LANÇADA DURANTE A APRESENTAÇÃO DAS RESPECTIVAS ALEGAÇÕES FINAIS ORAIS. INOBSERVÂNCIA DOS ARGUMENTOS DEFENSIVOS. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. PREJUÍZO EVIDENTE. SENTENÇA ANULADA. DEMAIS TESES E APELO DO RECORRENTE THUAN PREJUDICADOS.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.067414-5, da comarca de Palhoça (1ª Vara Criminal), em que são apelantes Thuan João Pamplona e Cicero Luz de Magalhães Neto, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso de Cícero para declarar a nulidade do processo a partir da sentença, inclusive, prejudicado o recurso de Thuan. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 02 de dezembro de 2014, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Ernani Guetten de Almeida. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Genivaldo da Silva.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2014.

Leopoldo Augusto Brüggemann
RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Palhoça, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Thuan João Pamplona, Cícero Luz de Magalhães Neto e Douglas Reis da Silva, dando-os como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal, pela prática da conduta assim descrita na inicial acusatória:

Na noite de 2 de agosto de 2013, por volta das 21 horas, os denunciados THUAN JOÃO PAMPLONA, CÍCERO LUZ DE MAGALHÃES NETO e DOUGLAS REUS DA SILVA, em comunhão de esforços, executaram crime de roubo na residência das vítimas Dilma Amaral da Silva e Valmeci Pedro da Silva, localizada na Rua Girassol, Praia de Fora, nesta cidade de Palhoça.

Para tanto, os denunciados CÍCERO e THUAN, este fazendo uso de arma de fogo, entraram na residência e anunciaram o assalto rendendo a vítima Valmeci que estava no quintal de casa. O denunciado DOUGLAS permaneceu na rua vigiando e dando guarida aos comparsas.

Na ocasião, a vítima Valmeci foi levado para o interior da casa e amarrado com fios (de ventilador e televisão); sua esposa, Dilma Amaral da Silva, que estava dormindo com seu neto (dois anos de idade), foi mantida amarrada na cama com fios.

Durante o assalto, o denunciado THUAN apontava a todo momento a arma de fogo contra a vítima Valmeci e o ameaçava, enquanto o denunciado CÍCERO vasculhava a residência. Assim, em comunhão de esforços os denunciados subtraíram uma carteira de Valmeci contendo R\$ 40,00 e seus documentos pessoais, óculos, aparelho de DVD, dois celulares (marcas *Nokia* e *Samsung*), uma máquina plaina, um molho de chaves, documento da moto Honda CG 125 Titan (placa MBO 6466) e bebidas.

Ato contínuo, de posse dos objetos subtraídos, os denunciados empreenderam fuga no veículo VW/Saveiro (placas MGR 9449) de propriedade das vítimas, e o terceiro denunciado, DOUGLAS, permaneceu por algum tempo vigiando o local para melhor guarnecer a fuga e resultado do crime.

Com essa conduta, os Denunciados praticaram o crime de roubo consumado, utilizando-se de arma de fogo para ameaçar as vítimas e restringindo sua liberdade, sendo que os bens subtraídos não foram recuperados (fls. 57-58).

Concluída a instrução do feito, a denúncia foi julgada parcialmente procedente para absolver o acusado Douglas, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, e condenar os acusados Thuan e Cícero às penas de 6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, em seu mínimo legal, por infração ao disposto no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal. Foi-lhes negado o direito de apelar em liberdade (fls. 169-175).

Irresignada, a defesa de Thuan interpôs recurso de apelação, postulando pela absolvição do acusado, com fundamento no princípio do *in dubio pro reo*, por alegar a ausência de provas à condenação, mormente porque o reconhecimento está eivado de irregularidades. Subsidiariamente, requereu a redução da pena ao mínimo legal, com o afastamento da causa de aumento pelo emprego de arma de fogo, ao argumento de que a arma não foi apreendida ou periciada, tampouco existem provas de sua efetiva utilização (fls. 186-193).

Por sua vez, a defesa de Cícero, em suas razões recursais, alegou, preliminarmente, a nulidade da sentença, ao argumento de que a decisão foi prolatada sem a apreciação das teses lançadas pela defesa nas derradeiras alegações – o magistrado prolatou a sentença antes mesmo da apresentação das alegações. No mérito postulou pela absolvição de seu defendido ao argumento da fragilidade probatória. Subsidiariamente, requereu a redução da pena (fls. 194-202).

Juntadas as contrarrazões (fls. 215-221), ascenderam os autos a esta instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Francisco Bissoli Filho, opinou pelo conhecimento e desprovemento dos apelos, e de ofício, pela exclusão do aumento de pena relativo à conduta social dos apelantes (fls. 226-236).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação contra decisão que julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou os acusados Thuan João Pamplona e Cícero Luz de Magalhães Neto às sanções previstas pelo art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal.

Os apelos não de ser conhecidos, porquanto presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

A defesa de Cícero Luz de Magalhães Neto sustenta, em preliminar, a nulidade da sentença condenatória, ao argumento de que fora ela prolatada antes mesmo da apresentação das derradeiras alegações e, portanto, sem a observância das teses defensivas, em clara violação ao princípio da ampla defesa.

Razão lhe assiste.

Com efeito, a mácula processual vislumbrada não permite outra solução se não a anulação da sentença condenatória. Explica-se:

Compulsando-se a ata da audiência de instrução e julgamento, verifica-se que a própria togada admitiu que, enquanto as partes formulavam suas respectivas alegações finais orais, ela prolatava, simultaneamente, os **fundamentos** da sentença.

Assim consta da ata:

Ao final, o defensor do acusado **Cícero pediu que ficasse constado em ata que quando as partes estavam fazendo suas alegações finais, esta magistrada passou a consignar os termos dos fundamentos da sentença, o que realmente ocorreu** e somente foi feito após ser indagados às partes quais seriam os fundamentos de suas alegações finais, tendo o Promotor de Justiça dito que seria pedido de condenação na forma da denúncia com relação a Thuan e Cícero e de absolvição de Douglas por falta de prova e os defensores, inclusive o de Cícero, que sustentariam o pedido de absolvição por falta de prova para a condenação e negativa de autoria. Assim, com base nessas teses já declinadas anteriormente pelas partes e somente faltando o fundamento das alegações finais, é que se iniciou a confecção da sentença, que, contudo,

somente teve o final quando já muito apresentadas as razões pelas partes, encerrando-se este atp às 20h15min [sic] (fl. 175).

Com efeito, *venia*, não se pode permitir que o julgador profira o *decisum* final sem previamente observar as derradeiras argumentações lançadas pelas partes – e não há falar que a mera antecipação dos pedidos supra tal formalidade. Admitir tal prática seria o mesmo que renunciar ao devido processo legal e consentir com a violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Textua o art. 403 do Código de Processo Penal:

Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.

Os atos são estanques e não simultâneos.

Eugênio Pacelli leciona:

[...] As alegações finais no processo penal ocupam posição do mais alto relevo na estrutura do devido processo legal, particularmente no âmbito do contraditório, mas, sobretudo e especialmente, no da ampla defesa. Na maioria esmagadora dos casos, não se discute ali questões unicamente de direito. Ao contrário, toda a instrução criminal é examinada unicamente naquele momento, incluindo aquelas objeto de provas técnicas. Mesmo as questões *de direito* guardam também a complexidade inerente à dogmática penal, exigindo acurado exame acerca da culpabilidade e dos pressupostos de punibilidade, o que faz com que cada caso, ainda que idêntico o fato, seja analisado com lente individualizada (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15.ed., rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 675).

É inegável que a não observância das argumentações defensivas antes de formar o juízo de convicção final acerca dos fatos viola o devido processo legal e prejudica a plena defesa dos denunciados, de modo que a única solução encontrada é, de fato, a anulação da sentença viciada para que outra seja proferida em substituição e enfrentando todas as teses articuladas, tendo em vista que não há legalidade no ato praticado.

Mutatis mutandis, assim já decidiu esta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO (ARTIGO 155, §4º, INCISOS I E IV, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DAS DEFESAS. [...] CARLOS ALBERTO PIANEZZER. **PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO ANTE A OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGADA FALTA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR CONSTITUÍDO PARA APRESENTAR ALEGAÇÕES FINAIS. PREJUÍZO CONFIGURADO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA). NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO A PARTIR DAS ALEGAÇÕES FINAIS COM RELAÇÃO AO ACUSADO CARLOS ALBERTO. RECURSO PROVIDO** (Apelação Criminal n. 2013.057329-7, de Biguaçu, rel. Des. José Everaldo Silva, j. 21/10/2014 – grifou-se).

Destarte, a anulação da sentença é medida imperativa.

Por fim, hígidos os fundamentos que autorizaram a prisão preventiva dos acusados, decretada mormente para garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do crime supostamente praticado – roubo com utilização de arma de fogo em concurso de agentes – também como da periculosidade dos mesmos, vezeiros na prática de crimes patrimoniais, tudo conforme decisão de fls. 66-68, é de se manter a prisão cautelar dos denunciados.

Cumpre, por derradeiro, mencionar que não há excesso de prazo que justifique a soltura (segregação cautelar decretada ainda no curso deste ano, fl. 68).

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer dos recursos e, acolhendo a preliminar invocada pela defesa de Cícero, anular o processo a partir da sentença, inclusive, restando prejudicadas as demais teses defensivas.

A comarca de origem deverá promover a comunicação às vítimas, em observância ao art. 201, § 2º, do Código de Processo Penal.

É o voto.

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Apelação/Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2013.072773-5, de Camboriú

Relator: Des. Jorge Schaefer Martins

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE HOMICÍDIO. REJEIÇÃO DA REPRESENTAÇÃO. INSURREIÇÃO DO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OITIVA INFORMAL DO ADOLESCENTE NÃO REALIZADA. PRESCINDIBILIDADE. MEDIDA QUE SE DESTINA A AUXILIAR O PROMOTOR DE JUSTIÇA A ESCOLHER PELO ARQUIVAMENTO DO AUTOS, REMISSÃO OU REPRESENTAÇÃO. ART. 180 DA LEI N. 8.069/90. JURISPRUDÊNCIA REMANSOSA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSTATAÇÃO DE ENTENDIMENTO DIVERGENTE DESTA CORTE. PROMOTOR DE JUSTIÇA QUE DECLINOU, FUNDAMENTADAMENTE, OS MOTIVOS POR QUE APRESENTAVA DIRETAMENTE A REPRESENTAÇÃO. AUTOS QUE APORTARAM ACOMPANHADOS DE INQUÉRITO POLICIAL NO QUAL SE APUROU O FATOS, EM FACE DE POSSÍVEL COAUTORIA COM AGENTE IMPUTÁVEL. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE, DIANTE DOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO PRESENTES NO CADERNO PROCESSUAL, ENTENDEU CABÍVEL A REPRESENTAÇÃO, AFASTANDO, DE PRONTO, A POSSIBILIDADE DE ARQUIVAMENTO OU REMISSÃO. PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE. OITIVA PRÉVIA, ALIÁS, QUE NÃO SE SUBMETE À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO, DIANTE DE SUA NATUREZA EXTRAJUDICIAL. PRECEDENTE DESTA CÂMARA. DECISÃO CASSADA. DETERMINAÇÃO PARA O PROSEGUIMENTO DA AÇÃO SOCIOEDUCATIVA NOS TERMOS DO ART. 184 DA LEI N. 8.069/90.

“[...] De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a oitiva informal do adolescente, ato de natureza extrajudicial, não é pressuposto

para o oferecimento da representação, servindo apenas para auxiliar o representante do Ministério Público a decidir sobre a necessidade ou não da instauração da ação socioeducativa, nos termos do art. 180 da Lei n.º 8.069/90. Precedentes [...]” (AgRg no HC 244.399/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, j. 27/11/2012).

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2013.072773-5, da comarca de Camboriú (1ª Vara Cível), em que é apelante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e apelado N. D. F.:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso para cassar a decisão que rejeitou a representação, determinando-se o prosseguimento da ação socioeducativa nos termos do art. 184 da Lei n. 8.069/90. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 18 de setembro de 2014, os Excelentíssimos Desembargadores Roberto Lucas Pacheco e Newton Varela Júnior. Emitiu parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 22 de setembro de 2014.

Jorge Schaefer Martins
PRÉSIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Camboriú, o órgão do Ministério Público, por seu Promotor de Justiça, ofereceu representação contra N. D. F., atribuindo-lhe a prática de ato infracional análogo ao delito previsto no art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal, combinado com o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão dos fatos assim narrados:

No dia 02 de novembro de 2012, por volta das 22:00h, na rua Monte Roraima, em frente ao nº 329 (via pública), bairro Monte Alegre, nesta Comarca de Camboriú SC, o representado N. D. F., juntamente com outro maior de nome Luciano da Cunha, motivados pelo *animus necandi*, utilizando-se de arma de fogo calibre 38, desferiram 04 tiros contra a vítima LAÉRCIO REGIS DE SOUZA, provocando-lhe as lesões corporais descritas no Auto de Exame Cadavérico de fls. 16/19, o qual foi a causa de sua morte.

Infere-se ainda do caderno indiciário que o adolescente infrator, estava no Bar Muvuca e que por volta de 22 horas chegou Luciano intimando o adolescente para acompanhá-lo, pois iria matar Laércio.

Neste momento, o representado N. recebeu de Luciano uma arma de fogo calibre 38 e seguiram a pé em direção à vítima. Ao se aproximar da vítima, o representado N. cumprimentou-o e neste ato, Luciano, também armado, desferiu 04 tiros sem dar chance de defesa e logo empreenderam fuga com a ajuda de um veículo Gol, de cor prata, que os aguardava.

O representado cometeu o homicídio por motivo fútil (§ 2º, inc. II), e mediante recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima (§ 2º, inc. IV) (fls. 92/93).

O Dr. Juiz de Direito determinou a devolução dos autos ao órgão ministerial para que fosse procedida a oitiva informal do adolescente (fl. 95).

Rejeitada a diligência (fl. 98), o Magistrado *a quo* rejeitou a representação (fls. 99/101).

Irresignado, o Dr. Promotor de Justiça interpôs recurso de apelação, postulando a reforma do *decisum*, ao argumento de que a oitiva informal do menor é dispensável (fls. 104/112).

Com as contrarrazões (fls. 125/132) e o despacho de manutenção da decisão objurgada (fl. 133), os autos ascenderam a esta Corte.

Instada, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Pedro Sérgio Steil, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação, no qual postula o Ministério Público a reforma da decisão que rejeitou a representação formulada contra N. D. F.

O objeto recursal resume-se a perscrutar acerca da (in)dispensabilidade da oitiva informal do adolescente, contemplada no *caput* do art. 179 da Lei n. 8.069/90, *verbis*:

Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

Sobre o dispositivo, leciona a doutrina:

Resta saber se a regra estabelecida neste artigo comporta exceção. Para tanto, torna-se necessário perquirir a *ratio juris* do dispositivo. A oitiva informal do adolescente e, sendo possível de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas destina-se, fundamentalmente, a fornecer elementos de convicção ao representante do Ministério Público, em substituição à sindicância ou inquérito policial, de sorte a imprimir celeridade à fase investigatória, permitindo rápida solução a casos de somenos importância, mormente quando a família e a sociedade já tenham reagido de forma eficaz. Entretanto, força é convir, há casos em que essa oitiva preliminar pode e deve ser dispensada, quando, *v.g.*, da simples leitura do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial emergir clara a atipicidade do ato infracional imputado ao adolescente, ou quando a imputação recair sobre criança, ou, ainda, quando o adolescente estiver em lugar incerto e não sabido (CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 826-827).

Pois bem. Interpretando-se a *mens legis*, extrai-se que a oitiva informal do adolescente, bem como a de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas, tem o escopo de fornecer elementos informativos para que o Promotor de Justiça possa decidir acerca das medidas cabíveis,

constantes no rol do art. 180 do Estatuto da Criança e do Adolescente, são elas: (a) promover o arquivamento dos autos; (b) conceder a remissão; ou (c) representar à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa.

Nesse contexto, não parece razoável obrigar o membro do Ministério Público a proceder a uma prévia instrução informal, com a oitiva do menor e outros, quando, diante dos elementos de convicção constantes nos autos, entenda absolutamente inviável a promoção do arquivamento ou a concessão da remissão.

No caso concreto, imperioso frisar que os autos aportaram acompanhados de inquérito policial, no qual se investigou o homicídio em tese perpetrado por agente imputável em concurso com o representado, em cujo bojo o adolescente restou ouvido pela autoridade policial (termo de fls. 41/42). Assim, é que oitiva informal foi dispensada, mediante justificativa em parecer lavrado pelo Promotor de Justiça, em que declinou os motivos por que apresentaria diretamente a representação em face do adolescente (fls. 89/91).

Vale consignar, ademais, que “a representação independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade”, *ex vi* do art. 181, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse contexto, amparado no princípio da oportunidade, se diante das particularidades do caso específico, o titular da ação socioeducativa estiver convencido da necessidade de invocar a tutela jurisdicional com vistas à aplicação das sanções previstas no ECA, revela-se dispensável o procedimento previsto no art. 170 da norma em comento. A propósito, explica a doutrina:

Se do sistema processual penal defluiu o princípio da obrigatoriedade de propositura da ação penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao instituir a *remissão* como forma de exclusão do processo, expressamente adotou o prin-

cípio da oportunidade, conferindo ao titular da ação a decisão de invocar ou não a tutela jurisdicional. A decisão nasce do confronto dos interesses sociais e individuais tutelados unitariamente pelas normas insertas no Estatuto (interessa à sociedade defender-se de atos infracionais, ainda que praticados por adolescentes, mas também lhe interessa proteger integralmente o adolescente, ainda que infrator). Assim, em cada caso concreto, pode o Ministério Público dispor da ação socioeducativa pública através da remissão, concedendo-a como perdão puro e simples ou, numa espécie de transação, incluir medida não privativa de liberdade, excetuando-se, portanto, a semiliberdade e a internação.

Convencido o Estado-Administração, através do Ministério Público, de que é imprescindível responsabilizar o adolescente mediante a efetivação de uma consequência legal decorrente da prática de um ato infracional, excluída a adequabilidade da remissão, notadamente naqueles casos autorizadores de privação de liberdade (ECA, art. 122), exercita-se a ação socioeducativa pública mediante o oferecimento da *representação* (CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 836-837).

Corroborando esta construção, retira-se da remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 1. AUSÊNCIA DE OITIVA INFORMAL. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 2. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. ATOS INFRACIONAIS DISTINTOS. IMPOSSIBILIDADE DE UNIFICAÇÃO. 3. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a oitiva informal do adolescente, ato de natureza extrajudicial, não é pressuposto para o oferecimento da representação, servindo apenas para auxiliar o representante do Ministério Público a decidir sobre a necessidade ou não da instauração da ação socioeducativa, nos termos do art. 180 da Lei n. 8.069/90. Precedentes.

2. Atos infracionais distintos não acarretam a cumulação de internação ou a extinção de um feito em decorrência de condenação em outros, sendo o prazo de 3 (três) anos previsto no art. 121, § 3º, da Lei n. 8.069/1990, contado isoladamente para cada medida de internação aplicada. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 244.399/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2012).

E:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE OITIVA INFORMAL. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CONDUTA PRATICADA COM GRAVE AMEAÇA À PESSOA. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS DESFAVORÁVEIS. MEDIDA DE INTERNAÇÃO JUSTIFICADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A ausência de oitiva informal não gera a nulidade da representação se os elementos presentes já bastarem, por si sós, à formação do convencimento do magistrado.

2. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 122, inciso I, permite a aplicação da medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado, em se tratando de ato infracional praticado com grave ameaça ou violência contra pessoa.

3. A decisão impugnada justifica e fundamenta a necessidade da medida socioeducativa imposta, não merecendo reforma.

4. Ordem denegada (HC 121.733/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2009).

Ainda:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REPRESENTAÇÃO. AUDIÊNCIA PRELIMINAR. OITIVA INFORMAL DO ADOLESCENTE. ART. 179 DO ECA. PRESCINDIBILIDADE.

Não se afigura indispensável a realização da oitiva informal do adolescente se o representante do Ministério Público entende estarem reunidos elementos de convicção suficientes para amparar a representação (Precedente). Recurso provido (REsp 662.499/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2004).

Não se desconhece o entendimento desta Corte no sentido da indispensabilidade da oitiva informal, como se observa nos seguintes julgados:

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. REPRESENTAÇÃO REJEITADA POR AUSÊNCIA DE OITIVA INFORMAL DO ADOLESCENTE (ART. 179 DO ECA). RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE DESNECESSIDADE DA PROVIDÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DA TESE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Somente em casos excepcionalíssimos, quando a apresentação do adolescente revelar-se impraticável, é admissível o oferecimento de representação sem a sua prévia oitiva pelo Ministério Público (Ap. Crim. 2003.029820-7, Rel. Des. Newton Janke - j. 2.3.04).

A providência administrativa é cogente e visa a garantia de direito subjetivo à proteção integral e à autodefesa, “tratando-se de uma faculdade conferida pessoalmente ao adolescente” (ISHIDA. Válter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 426).

Não pode o Ministério Público pautar-se exclusivamente na sua íntima convicção e na gravidade abstrata do delito para dispensar a exigência legal (Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2013.090856-2, de Camboriú, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. 20-05-2014).

E:

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REPRESENTAÇÃO REJEITADA ANTE O DESCUMPRIMENTO DO ART. 179 DO ECA. OITIVA INFORMAL DO MENOR. ATO ADMINISTRATIVO QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO INDISPENSÁVEL PARA A ADMISSÃO DA REPRESENTAÇÃO, PORQUANTO HÁ A POSSIBILIDADE DE NÃO LOCALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE. CASO EM ANÁLISE, ADEMAIS, QUE A OITIVA FOI DISPENSADA PELO *PARQUET*, SEM QUE TIVESSE VISTA DOS AUTOS. VIOLAÇÃO À PROTEÇÃO INTEGRAL. DIREITO DO ADOLESCENTE DE SER OUIDO ANTES DA ANÁLISE DO ART. 180 DO ECA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2013.073487-1, de Camboriú, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 25-02-2014).

Com o devido respeito aos adeptos desta última corrente, somente se conceberia ter como imprescindível a oitiva informal do adolescente amparado no seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Todavia, é assente o entendimento de que esse ato, além de informal, é extrajudicial, pelo que não tem como escopo a garantia daqueles direitos. Nesse diapasão, convém citar precedente desta Câmara:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A FURTO. OFERECIMENTO DE REMISSÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COM A APLICAÇÃO DE LIBERDADE ASSISTIDA. DECISÃO QUE, DIANTE DA AUSÊNCIA DE ADVOGADO NA OUVIDA DOS ADOLESCENTES PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA, CONDICIONA A HOMOLOGAÇÃO DA REMISSÃO À NOVA AUDIÊNCIA, COM A PRESENÇA DE DEFENSOR. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO ATO. PRESCINDIBILIDADE DE DEFESA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PREJUÍZO NÃO CONFIGURADO. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

Da natureza do procedimento de oitiva do adolescente pelo Ministério Público que culmina com o oferecimento da remissão, ato este informal e administrativo, decorre sua não sujeição ao contraditório e à ampla defesa. A remissão, de outra parte, não acarreta o reconhecimento da responsabilidade do adolescente pela prática do ato infracional, tampouco vai de encontro ao enunciado da Súmula 108 do STJ, porquanto sua validade está condicionada à homologação judicial (art. 181 do ECA). Assim, mostra-se despiciendo condicionar a homologação da remissão à designação de nova audiência para oitiva do adolescente acompanhado de advogado (Agravado de Instrumento n. 2013.032665-0, da Capital, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 21-11-2013).

Desta feita, conclui-se ser a oitiva informal instrumento a serviço do membro do Ministério Público a fim de que possa avaliar a necessidade, ou não, de deflagrar a ação socioeducativa, mostrando-se, pois, desnecessária quando o seu titular estiver convencido de ser esta a única medida a ser tomada no caso concreto, repelindo as hipóteses de arquivamento ou remissão. De se registrar, aliás, que a não opção por esta última

alternativa, não impede o magistrado de concedê-la, *ex vi* do art. 186, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

À vista do exposto, dá-se provimento ao recurso para cassar a decisão que rejeitou a representação, determinando-se o prosseguimento da ação socioeducativa nos termos do art. 184 da Lei n. 8.069/90.

Recurso de Agravo n. 2014.032290-9, de Lages

Relator: Des. Jorge Schaefer Martins

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERNAÇÃO DO DETENTO EM CLÍNICA ESPECIALIZADA PARA TRATAMENTO DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA. TEMPO DE INTERNAÇÃO. CÔMPUTO PARA FINS DE CUMPRIMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. OBJETIVOS DA EXECUÇÃO PENAL. EFETIVAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DA SENTENÇA E REINTEGRAÇÃO SOCIAL DO CONDENADO. MEDIDA ARRAZOADA NO CASO CONCRETO. RECURSO NÃO PROVIDO.

É cediço que a execução penal é ditada segundo os parâmetros definidos da Lei n. 7.210/84 e secundada pela legislação penal e processual penal pertinente, dela não se podendo arredar em virtude do princípio da legalidade. Todavia, não se desconhece que um dos principais objetivos da Lei de Execuções Penais é a ressocialização do preso (art. 1º), bem como é dever do Estado prestar-lhe assistência, objetivando possibilitar o retorno à convivência em sociedade e evitar a reiteração da atividade delituosa (art. 10).

Desse modo, uma vez constatado que os delitos praticados pelo reeducando foram praticados em decorrência da sua condição de toxicômano, o seu encaminhamento a tratamento em clínica especializada, com significativos avanços reconhecidos em laudos psicológicos e pareceres dos responsáveis pela entidade, afigura a medida mais acertada, possibilitando ao recluso avaliar seus erros e encontrar meios de reintegração social, ainda que tal providência se opere no transcorrer do cumprimento de pena privativa de liberdade.

Assim sendo, em sendo computado o tempo de internação como pena privativa de liberdade cumprida e, uma vez preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos para ensejar a progressão de regime, deve-se conceder dito benefício ao reeducando, porém sem afastar a sua permanência na clínica de reabilitação (Recurso de Agravo n. 2010.013479-7, de Ascurra, rel. Des. Salete Silva Sommariva j. 29-6-2010).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 2014.032290-9, da comarca de Lages (1ª Vara Criminal), em que é recor-

rente o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e recorrido Lucas Allegretti de Camargo:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por maioria, vencido o Desembargador Roberto Lucas Pacheco, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 25 de setembro de 2014, os Excelentíssimos Desembargadores Roberto Lucas Pacheco e Newton Varella Júnior. Emitiu parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Gercino Gerson Gomes Neto.

Florianópolis, 6 de outubro de 2014.

Jorge Schaefer Martins
PRÉSIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Inconformado com a decisão que considerou o período em que o reeducando Lucas Alegretti de Camargo esteve internado para tratamento de dependência química como pena cumprida, o Ministério Público interpôs recurso de agravo, ao argumento de que não é possível manter a referida decisão.

Sustentou, em síntese, que o apenado está utilizando-se do tratamento não com o objetivo de se recuperar da dependência química, mas apenas como subterfúgio para se furtar do isolamento e das privações do estabelecimento prisional.

Ainda, ressaltou que o artigo 41 do Código Penal não prevê a referida possibilidade: “*O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado*”.

Apresentadas as contrarrazões (8-16) e mantida a decisão objurgada (fl. 17), ascenderam os autos a esta Corte.

Instada, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Gercino Gerson Gomes Neto, opinou pelo provimento do recurso.

VOTO

Compulsando-se os autos, verifica-se que o apenado, até a prolação da sentença, havia permanecido segregado provisoriamente de 17-1-2013 a 31-5-2013, razão pela qual cumpriu 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias para cômputo de eventual pena.

Com a sentença, restou condenado a reprimenda de 6 (seis) anos de reclusão, no regime semiaberto, como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I e V, c/c artigo 65, incisos I, e III, letra “d”, ambos do Código Penal.

Neste momento, a autoridade de primeiro grau determinou a necessidade do imediato internamento do réu para tratamento de dependência química, nesses termos:

Tratando-se de réu primário e de bons antecedentes, e, considerando a manifestação de vontade do acusado no sentido de procurar auxílio médico para tratamento de sua dependência, aliado ao fato de que não mais persistem os motivos que outrora ensejaram a sua segregação cautelar (CPP- art. 312), concedo-lhe o direito de aguardar em liberdade pelo julgamento de eventual recurso que porventura venha a ser interposto contra esta decisão, condicionando a referida benesse, ao seu imediato internamento no CENTRO DE RECUPERAÇÃO NOSSA SENHORA APARECIDA – CRENSA, para tratamento de dependentes e de usuários de substância entorpecente, sob pena de imediata revogação.

Registra-se que em 12 de junho de 2013, o reeducando foi internado no Centro de Recuperação Nossa Senhora Aparecida “CRENSA”, no qual permanece até a presente data, uma vez que não há informação de sua alta médica no sistema de automação do judiciário - SAJ.

Verifica-se, ainda, que em 22 de janeiro de 2014 o Doutor Juiz de Direito, Dr. Geraldo Corrêa Bastos, determinou a suspensão do curso da execução penal durante o período em que o apenado permanecesse internado junto ao “CRENSA”.

Porém, em 22 de fevereiro de 2014, outro Juiz de Direito, Dr. Josmael Rodrigo Camargo, revogou a referida suspensão e considerou o período de internação como tempo de pena cumprido, *verbis*:

De outro vértice, a decisão de fl. 58 deve ser revogada em parte, tão somente em relação à determinação de suspensão da execução penal enquanto durar o internamento do reeducando, **porquanto, o entendimento deste magistrado é no sentido de que enquanto o executado está internado em Hospital para tratamento médico ou em outras instituições para tratamento de dependência toxicológica, como é o caso dos autos, esse lapso temporal deve ser computado como pena cumprida.**

Isso porque o fato de o executado não se encontrar recolhido em Estabelecimento Prisional foi ocasionado por circunstâncias alheias à sua vontade, qual seja, o problema de saúde que lhe acometeu.

Como o tratamento a que o apenado está submetido não pode ser dispensado pelo Ergástulo, onde deveria permanecer recolhido, **porquanto inexistem condições para tanto (situação que obriga o apenado a recorrer a outras instituições extramuros, amparado que está pelo art. 14, § 2º da LEP)**, a ele não pode ser negado o direito de ser computado como pena cumprida o período em que se encontrar internado para tratamento de dependência toxicológica, não merecendo ser prejudicado por circunstância não provocada por ele.

Importante lembrar que a Lei de Execuções Penais, em seu artigo 1º estabelece que o objetivo da execução penal além de ser o de efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal é de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. (grifei).

Nesse sentido, a jurisprudência gaúcha vem se posicionando, como se colhe: “EXECUÇÃO PENAL. APENADO DEPENDENTE QUÍMICO. AUTORIZAÇÃO PARA INTERNAÇÃO EM CLÍNICA PARTICULAR. POSSIBILIDADE. Cabível a autorização para internação do apenado em clínica particular contra dependência química, diante da singularidade do

caso em concreto, sendo que o cômputo do tempo de internação como pena cumprida encontra respaldo no art. 41 do CP.” (Agravado desprovido. Unânime. TJRS; AG 50665-30.2011.8.21.70000; Porto Alegre; Oitava Câmara Criminal; Rel. Des. Danúbio Edson Franco; Julg. 30/03/2011).

Assim, por se tratar de caso *sui generis* e visando atender aos objetivos da própria execução penal, notadamente o da ressocialização, REVOGO PARCIALMENTE o decisum de fl. 58, para que seja considerado como pena cumprida o tempo de internamento do apenado no CRENSA (grifei).

Feitas essas considerações, necessário, então, proceder à análise do objeto recursal que se refere ao inconformismo Ministerial acerca da decisão que considerou o período de internação como pena cumprida.

Embora o agravante tenha alegado que o reeducando, na realidade, tenciona frustrar o cumprimento da pena privativa de liberdade, inclusive, retirando o seguinte excerto do relatório circunstancial de fl. 65-67, emitido pelo CRENSA, em que o apenado relatou “[...] *que se o tempo em que permanecesse no CRENSA não contasse para o seu processo de nada adiantaria permanecer no local*”, a referida afirmação não pode ser interpretada isoladamente.

Isso porque, no referido relatório foi dito que após visita familiar, o reeducando ficou sabendo das dificuldades financeiras e problemas de saúde de sua família, oportunidade em que começou a apresentar comportamentos contrários à sua permanência no local.

Com efeito, a partir desse momento, passou a se lamentar por não poder ajudar sua família em razão da internação, bem como passou a questionar se o tempo de internação seria considerado para fins de cumprimento de pena.

Ademais, acerca da contagem do tempo de tratamento para fins de cumprimento de pena, destaca-se que o artigo 1º da LEP esclarece: “*a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*” (grifei).

A tais considerações, acrescenta-se o disposto no artigo 10 da referida Lei, o qual prevê que: “*a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade*”.

No caso dos autos, ficou demonstrada a real necessidade de o apenado ser submetido a tratamento de dependência química para sua reintegração social, não havendo motivos para ser desconsiderado o período em que esteve internado como tempo de pena cumprido.

A propósito, em caso semelhante, já se manifestou esta Corte:

AGRAVO EM EXECUÇÃO - CONDENAÇÃO POR CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO - PENA DE RECLUSÃO IMPOSTA - REEDUCANDO TOXICÔMANO - CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM INTERNAÇÃO - TRATAMENTO HÁ MAIS DE 2 (DOIS) ANOS COM SIGNIFICATIVO SUCESSO - PROGRESSÃO DE REGIME CONCEDIDA - PLEITO DE REVOGAÇÃO DA MEDIDA E CASSAÇÃO DOS DIAS PARA FINS DE DETRAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MEDIDA QUE SE MOSTRA MAIS CONDIZENTE COM OS OBJETIVOS DA LEP - REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS PARA A PROGRESSÃO (LEP, ART. 112) - MANUTENÇÃO DO APENADO NA CLÍNICA DE RECUPERAÇÃO - RECURSO DESPROVIDO.

É cediço que a execução penal é ditada segundo os parâmetros definidos da Lei n. 7.210/84 e secundada pela legislação penal e processual penal pertinente, dela não se podendo arredar em virtude do princípio da legalidade. Todavia, não se desconhece que um dos principais objetivos da Lei de Execuções Penais é a ressocialização do preso (art. 1º), bem como é dever do Estado prestar-lhe assistência, objetivando possibilitar o retorno à convivência em sociedade e evitar a reiteração da atividade delituosa (art. 10).

Desse modo, uma vez constatado que os delitos praticados pelo reeducando foram praticados em decorrência da sua condição de toxicômano, o seu encaminhamento a tratamento em clínica especializada, com significativos avanços reconhecidos em laudos psicológicos e pareceres dos responsáveis pela entidade, afigura a medida mais acertada, possibilitando ao recluso avaliar seus erros e encontrar meios de reintegração social, ainda que tal providência

se opere no transcorrer do cumprimento de pena privativa de liberdade.

Assim sendo, em sendo computado o tempo de internação como pena privativa de liberdade cumprida e, uma vez preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos para ensejar a progressão de regime, deve-se conceder dito benefício ao reeducando, porém sem afastar a sua permanência na clínica de reabilitação (Recurso de Agravo n. 2010.013479-7, de Ascurra, rel. Desa. Salete Silva Sommariva j. 29-6-2010).

Do corpo do acórdão extrai-se:

Acerca do assunto, colhe-se lição doutrinária:

Ao dispor que a execução tem como objetivo efetivar as disposições da sentença, a lei protege a legalidade das penas, ou seja, impede que seja imposta pena mais grave que aquela prevista na sentença. Em outra vertente, o mesmo artigo traz o vértice valorativo a partir do qual todo instituto da lei de execuções penais deve ser compreendido, qual seja, a busca de integrar o condenado ou internado à sociedade. Certamente o artigo transcrito é o mais importante da Lei de Execução Penal, pois apenas por meio de princípios é que se torna possível compreender um sistema, e, traçando como marco o princípio ressocializador, a lei traz ao intérprete ferramenta para a compreensão e aplicação de seus institutos (JUNQUEIRA, Gustvavo O. D; FULLER, Psulo H. A. Legislação penal especial. 5.ed., São Paulo: Premier Máxima, 2008, v. 1, p. 32).

Nessa linha de raciocínio, o aplicador do direito deve conciliar o efeito retributivo da sanção com a busca de ressocialização do preso. De fato, a sociedade estará mais segura se o condenado não apenas cumprir a reprimenda, mas também deixar o cárcere consciente da ilicitude dos seus atos e com oportunidades e estímulo para modificar o seu comportamento.

A propósito, encontra-se na obra de René Ariel Dotti:

A chamada recuperação social do delinquente envolve um tema que concita as mais variadas interpretações não raramente convertidas em atitudes polêmicas e, como tais, comprometedoras da boa apreensão dos problemas e do alcance das fórmulas racionais sintéticas para tratá-lo. Independentemente, porém, das profundas e extensas críticas que se dirigem contra a ideia finalística da sanção, vertida para a ressocialização do infrator, a verdade indis-

cutível é que tal caminho já foi aberto com muita disposição programática e procuram as leis atuais dar-lhe conteúdo e viabilidade. [...]

Admitindo-se que o tratamento do delinquente constitui um poderoso contraestímulo à reincidência, forçoso é concluir que a pena deve tender, sob o ângulo finalístico, aos objetivos individual e coletivo, modelados através da satisfação dos mais generosos valores humanos, sociais, culturais, enfim, de perspectivas materiais e espirituais que são absolutamente necessárias à conservação ética da personalidade. [...]

Apesar de todas as discussões que ainda possam ser travadas a propósito da natureza e dos objetivos do tratamento do delinquente, não resta dúvida alguma sobre um ponto: a pena privativa de liberdade não pode manter o caráter segregador, impondo-se ao condenado a reclusão diuturna a exemplo do isolamento que a medicina recomenda para determinadas doenças infecto-contagiosas. Domina hoje a ideia de que a prisão deve ser executada em bases de humanidade objetivando a reforma do infrator mediante o cumprimento da legislação especial que regula os direitos e deveres do condenado e sob o controle jurisdicional permanente a fim de que a execução e seus incidentes não se transformem em autênticas terras devolutas a espera de requerentes (Bases e alternativas para o sistema de penas. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p 229/234).

Assim, partindo-se do pressuposto de que a reprimenda, só por si, não é suficiente para repelir a criminalidade, o juízo da execução deverá conciliar a face retributiva do cárcere com os meios necessários para a reintegração do preso.

Por fim, a doutrina nos traça as diretrizes para um melhor desenvolvimento do preso no período em que se encontrar segregado:

[...] **a reinserção social passa obrigatoriamente por vários segmentos, não se limitando ao convívio interno do presídio.** Deverá haver sincronização entre o trabalho sociocultural do qual já se falou, agregado aos labores próprios dos programas de ressocialização, para que se alcance, mais à frente, a pensada reinserção social, que é o coroamento de todo um trabalho de equipe, em que pese operando em setores distintos. Todavia, toda essa operacionalização deverá estar comprometida com o conteúdo epistemológico. Nunca com o empirismo, que vem ocorrendo em nosso sistema presídial como um todo, de cujo material humano próprio já se tratou em outra parte. Afinal, esperar recuperação de quem cumpre pena privativa de liberdade em

um Distrito Policial, por exemplo, é o mesmo que esperar que “Papai Noel” venha entregar presente natalino; ou acreditar que o neonato é mesmo trazido pela cegonha. [...] Não será, por exemplo, o efeito cronológico da pena que haverá de servir de panaceia para os males desse doente social em que se constitui o condenado (Sistema presidial: reinserção social? São Paulo: Ícone, 1998, p. 120/121).

De fato, é cediço que a prisão não possui outro escopo a não ser o emprego de punição ao condenado, mediante a convivência em ambiente notoriamente insalubre. Com efeito, raros são os estabelecimentos prisionais que possibilitam ao encarcerado discutir seus problemas, bem como de ser ouvido por equipe multidisciplinar ou interagir com terceiros que não aqueles envolvidos em outros delitos. O direito à assistência é normalmente deixado de lado, e o que se percebe é um total descaso com os presos, os quais, a despeito da reprovabilidade de suas condutas em razão dos crimes praticados, passam a viver à margem da sociedade justamente por não lhes terem sido oportunizados meios dignos para o cumprimento da pena e ao mesmo tempo, possibilita-lhes o retorno à sociedade[...].

Nessa conformidade, embora a lei não traga especificamente tal previsão, a medida deve ser aplicada caso a caso.

Além disso, observa-se que em 6 de maio de 2014, o Magistrado *a quo* progrediu o regime do apenado do semiaberto para o aberto, condicionando, contudo, a alta médica para o início do cumprimento em regime menos gravoso.

Na oportunidade, assim decidiu:

Lucas Allegretti de Camargo, devidamente qualificado, postula a concessão do benefício de Progressão de Regime Prisional, aduzindo, em síntese, ter preenchido os requisitos objetivos e subjetivos necessários ao deferimento do benefício.

Dada vista ao representante do Ministério Público, manifestou-se favorável ao pedido, uma vez que o apenado atingiu o requisito objetivo temporal, tendo cumprido até o presente momento 1 (um) ano, 2 (dois) meses e 14 (quatorze) dias de sua reprimenda, não apresentando na comunidade terapêutica nada que desabone a sua conduta.

RELATADO. DECIDO.

Trata a hipótese em tela de pedido de Progressão de Regime Prisional com fulcro no art. 112 da Lei nº 7.210/84.

Analisando o presente pleito, verifico que o requerente preenche os requisitos objetivos e subjetivos necessários ao deferimento do benefício postulado, e portanto, acolho a manifestação ministerial.

Isso porque, considerando que restou condenado à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semiaberto, por infração ao art. 157, § 2º, I e IV c/c art. 65, I e III, “d”, ambos do Código Penal, que deu início ao cumprimento de sua reprimenda em 12 de junho de 2013, resgatando até o presente momento 10 meses e 25 dias de sua pena, tendo permanecido segregado provisoriamente de 17/01/2013 a 31/05/2013 (4 meses e 15 dias), conclui-se que já atingiu mais do que o tempo necessário à progressão para o regime mais brando, qual seja de 1 ano o que correspondente a 1 ano, 3 meses e 5 dias.

Ademais, não há nada que desabone a conduta do apenado nos relatórios apresentados pelo CRENSA.

Relevante destacar, contudo, que o executado ainda se encontra em tratamento, o que significa dizer que enquanto não obtiver alta este não poderá usufruir dos benefícios atinentes ao regime mais brando, embora desde a presente data lhe seja deferida a progressão a que faz jus.

Insta salientar, também, que, conforme decisão de fls. 63/64, o período em que o reeducando estiver no CRENSA será computado como pena cumprida.

DIANTE DO EXPOSTO, com fulcro no art. 112 da Lei nº 7.210/84, DEFIRO a progressão do regime de cumprimento de pena para o aberto, somente podendo cumprir as condições abaixo descritas após o término de seu tratamento perante o CRENSA e quando lhe for concedida a sua alta na referida entidade.

Estabeleço as seguintes condições a que fica subordinado o requerente para o cumprimento da reprimenda em regime aberto somente após a alta do apenado no CRENSA:

1. Permanência junto ao Albergue prisional durante o repouso noturno e nos dias de folga;
2. Saída para o trabalho às 06:00 horas e retorno ao Albergue prisional às 20:00 horas;
3. Proibição de alteração do domicílio e ausência da comarca sem prévia autorização judicial;
4. Comparecimento trimestral em juízo para justificar e comprovar suas atividades;
5. Defiro o prazo de trinta dias ao apenado a fim de apresentar comprovante de atividade lícita.

Designo o dia 07/05/2014, às 18:00 horas, para audiência admonitória.

Saliento que enquanto não for implementado o funcionamento do Albergue junto à Unidade Prisional, deverá o requerente quando cumprir as condições acima delineadas obedecer aos termos da Portaria emitida pelos Juízos Criminais da Comarca relativa ao cumprimento da pena.

Destaco, por fim, enquanto o apenado estiver em tratamento junto ao CRENSA deverá obedecer às regras impostas pela citada entidade, sob pena de uma vez descumpridas, configurar falta grave, apta a ensejar a regressão para o regime semiaberto.

Diante de tudo, importante esclarecer que a internação não foi voluntária, tampouco se pode dizer que a autoridade judiciária de primeiro grau o libertou quando da sentença.

Em verdade, o juiz concedeu-lhe o direito de recorrer em liberdade, “desde que ficasse internado”. Assim, a internação, que pressupõe a privação de sua liberdade, em verdade foi imposta pela autoridade judiciária de primeiro grau, e nessa conformidade, não só pode como deve ser computado o referido período.

Assim, deve permanecer incólume a decisão que computou o tempo de internação como tempo de pena cumprido.

Ademais, importante esclarecer que o referido entendimento não contraria julgamento já proferido por esta Câmara que, em situação di-

versa, entendeu pela impossibilidade do cômputo da pena de prestação de serviço à comunidade no período de internação voluntária para tratamento de dependência toxicológica. A propósito destaca-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. PORTE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA (ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. IV, DA LEI N. 10.826/03). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO.

PLEITOS DE CUMPRIMENTO DA PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COMUNITÁRIO EM INSTITUTO DE TRATAMENTO PARA DEPENDÊNCIA QUÍMICA, ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E ISENÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA. MATÉRIAS AFETAS AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PEÇA ACUSATÓRIA QUE NARRA OS FATOS SUFICIENTEMENTE E VIABILIZA O CONTRADITÓRIO E O DIREITO À AMPLA DEFESA.

MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONFISSÃO DO RÉU CORROBORADA POR DEPOIMENTO POLICIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE GENÉRICA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO AFASTADA. NEXO ENTRE A CONDUTA DELITIVA E O SUPOSTO DESAMPARO ESTATAL NÃO DEMONSTRADA.

DOSIMETRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DO CÔMPUTO DE PERÍODO DE INTERNAÇÃO PARA TRATAMENTO CONTRA DROGAS COMO CUMPRIMENTO DE PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COMUNITÁRIO. INTERNAÇÃO VOLUNTÁRIA DO RÉU. ATO CIVIL QUE NÃO SE INSERE NOS PROPÓSITOS DA DEDUÇÃO PENAL.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO (Apelação Criminal n. 2013.054369-6, de Forquilha, Rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 22-5-2014).

Do corpo do acórdão extrai-se:

O recurso é próprio e tempestivo, mas aborda temas que deverão ser enfrentados pelo Juízo da Execução Penal.

É o caso do pedido de cumprimento da pena restritiva de direitos de prestação de serviço à comunidade ou entidade pública na instituição onde o réu se encontraria internado para tratamento para drogadição; consoante a inteligência do art. 66, inc. V, “a”, da Lei de Execução Penal, a avaliação de tal pleito compete ao Juízo da Execução Penal. Convém esclarecer, a propósito desta pretensão, que a tentativa de intimação do réu na tal instituição de reabilitação restou frustrada (fl. 208), a indicar que ele não está mais em tratamento médico (grifei).

À vista do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Roberto Lucas Pacheco

Ementa Aditiva

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. DETRAÇÃO. CÔMPUTO DO PERÍODO DE INTERNAÇÃO EM CLÍNICA PARTICULAR PARA TRATAMENTO DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA. IMPOSSIBILIDADE.

Divergi da doutra maioria por entender que o tempo em que o agravado ficou internado para tratamento de sua dependência química não poderia ser utilizado para fins de detração penal.

Isso porque a internação deu-se em clínica particular, longe da fiscalização estatal, e não decorreu de decisão judicial, de sorte que não se amolda àquela internação prevista no art. 42 do Código Penal, *verbis*: “Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”.

Não se pode perder de vista que o agravado voluntariou-se à internação, barganhando a revogação da sua prisão preventiva sob compromisso de se submeter a tratamento de seu vício.

A internação em clínica particular, nessa senda, configura “mero ato civil que não se insere nos propósitos da detração penal” de modo que admitir tal abatimento “geraria o risco de se criar uma espécie de crédito

contra a Justiça Criminal, o que vai de encontro à vedação do princípio da ‘conta corrente’” (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.054369-6, de Forquilha, rel. Des. Rodrigo Collaço, Quarta Câmara Criminal, j. 15.5.2014).

Assim, o tempo em que esteve internado em clínica particular para tratamento da toxicomania não se presta à detração da pena.

Nesse sentido, colacionam-se julgados:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL.[...] DETRAÇÃO DO PERÍODO DE INTERNAÇÃO EM CLÍNICA PARTICULAR COMO TEMPO DE PENA CUMPRIDA - IMPOSSIBILIDADE.

[...]

3 - A situação do agravante não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas nos artigos 41 e 42 do CPB a possibilitar-lhe a detração da pena pelo período em que esteve internado, sendo que a sua internação foi de forma voluntária e não houve comprovação de que tenha sido acometido de doença mental ou perturbação à saúde mental a ensejar a substituição da pena por medida de segurança, nos moldes do artigos 108 e 183 da LEP.

4 - Acolhimento da preliminar arguida para reconhecer a prescrição da falta disciplinar e desprovimento ao recurso quanto ao pedido de detração, são medidas que se impõem (TJMG – AGEPN 10471120158020002, rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, j. 15.7.2014).

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - DETRAÇÃO - INTERNAÇÃO PARA TRATAMENTO DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA EM CLÍNICA PARTICULAR - IMPOSSIBILIDADE - NEGADO PROVIMENTO. Não verificada a superveniência de doença mental durante a execução penal, como previsto nos arts. 41 e 42 ambos do CP, imperioso negar provimento ao recurso (TJRS, Agravo em Execução Penal 1.0232.13.000100-0/001, rela. Desa. Kárin Emmerich, 1ª Câmara Criminal, j. em 29.10.2013).

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INTERNAÇÃO PARA TRATAMENTO DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA. DETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. A única hipótese prevista pela lei para detração da pena no caso de internação, diz com a superveniência de doença mental, durante a execução da pena - art. 41 e art. 42, ambos do CP. Impossibilidade de extensão desse benefício à internação em clínica particular, providenciada pela própria famí-

lia do sujeito que teve revogado o benefício do livramento condicional, em face de condenação superveniente, com a consequente expedição de mandado de prisão. Inexistência de similaridade entre a internação em clínica médica e o regime fechado, cujas características não se cingem à contenção física, mas também se voltam à disciplina e reintegração social. Decisão que, sem olvidar os ditames legais, privilegiou os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, ao suspender o início da execução da pena até o fim do tratamento médico, razão pela qual merece ser mantida. AGRADO EM EXECUÇÃO IMPROVIDO (TJRS, Agravo 70041059429, Oitava Câmara Criminal, rela. Des. Fabianne Breton Baisch, j. em 20.4.2011).

De outra parte, como bem anotado pelo procurador de justiça oficiante, “o comportamento apresentado pelo apenado na instituição demonstra a intenção de se furtar ao cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme relatório circunstancial da comunidade terapêutica” (fl. 74).

O relatório referido deixa antever que o agravante não aderiu ao tratamento com o escopo de se livrar da drogadição porquanto passou “a apresentar comportamentos contrários à sua permanência no tratamento”, tendo afirmado que “se o tempo em que permanecesse no CRENSA não contasse para o seu processo de nada adiantaria permanecer no local”.

A prevalência do entendimento exposto na decisão agravada acarretaria situação não isonômica com outros reeducandos que não se utilizaram do subterfúgio do tratamento para ter detraída a sua pena e permaneceram cumprindo-a no cárcere.

Por tais argumentos, votei pelo provimento do recurso ministerial, a fim de reformar a decisão agravada.

Florianópolis, 4 de novembro de 2014.

Roberto Lucas Pacheco
DESEMBARGADOR

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.051862-4, de Palhoça

Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. CÓDIGO PENAL, ART. 121, § 2.º, I, III E IV, E ART. 121, § 2.º, III, IV E V, POR DUAS VEZES. FURTO SIMPLES. CÓDIGO PENAL, ART. 155, *CAPUT*. CORRUPÇÃO DE MENORES. LEI N. 8.069/90, ART. 244-B, *CAPUT*. CONDENAÇÃO. RECURSOS DEFENSIVOS.

APELAÇÕES. FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA. SÚMULA 713 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 593, III. FUNDAMENTOS LEGAIS. NECESSIDADE DE INDICAÇÃO NA PEÇA DE INTERPOSIÇÃO. NÃO APONTAMENTO EM UM DOS RECURSOS. DIVERGÊNCIA ENTRE A ALÍNEA INDICADA E AS RAZÕES RECURSAIS, NO OUTRO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO. SOBERANIA DOS VEREDITOS. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL NÃO PREENCHIDO. RELATOR VENCIDO. RECURSOS CONHECIDOS POR VOTOS DA MAIORIA. MERA IRREGULARIDADE.

Nos termos da Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal, nos processos de competência do Tribunal do Júri, a apelação é de motivação vinculada, ficando o efeito devolutivo restrito às alíneas indicadas na peça de interposição do recurso. Segundo o relator, não observada essa regra, seja pela ausência de indicação das alíneas ou por divergência das mencionadas na interposição, o recurso não merece ser conhecido, por falta de pressuposto de admissibilidade. A maioria dos julgadores, entretanto, decidiu se tratar de mera irregularidade, não obstante o conhecimento do apelo.

PRELIMINAR DE NULIDADE. ATA DE SESSÃO NÃO ASSINADA PELOS DEFENSORES. MERA IRREGULARIDADE. FORMALIDADE QUE NÃO É DA SUBSTÂNCIA DO ATO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AOS APELANTES.

A falta de assinatura dos defensores na ata de sessão do Tribunal do Júri constitui mera irregularidade, não tendo o condão de anular o julgamento. Segundo se observa, a última manifestação consignada no documento foi

dos próprios defensores apresentando recurso de apelação, o que evidencia não haver prejuízo aos apelantes apenas em razão da ausência de assinatura.

PRETENDIDA A ANULAÇÃO DA DECISÃO EMANADA DO CONSELHO DE SENTENÇA. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. NÃO OCORRÊNCIA. JURADOS QUE ATRIBUÍRAM A PRÁTICA DO CRIME AO ACUSADO. VEREDICTO ARRIMADO NA VERSÃO QUE LHES PARECEU MAIS CONVINCENTE. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHAS E INFORMANTES. NULIDADE INEXISTENTE. DECISÃO MANTIDA.

“Não cabe a anulação do julgamento, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Não se trata de decisão *manifestamente* contrária à prova, mas se situa no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 396).

Assim, se a decisão dos jurados encontra respaldo na prova testemunhal e documental, como no presente caso, não há falar em nulidade por decisão contrária à prova dos autos.

INJUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA PENA. PENA-BASE. ANTECEDENTE CRIMINAL. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO HÁ MAIS DE 10 ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO. NOVO POSICIONAMENTO DO ÓRGÃO JULGADOR.

A fim de evitar uma perpétua valoração de condenação definitiva, esta Câmara Criminal passou a entender que os efeitos dos antecedentes criminais também devem ser limitados no tempo, a exemplo do que ocorre com a reincidência – a qual, aliás, não deixa de ser uma espécie de antecedente. Em homenagem ao princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, as condenações transitadas em julgado que não se prestem à configuração da reincidência devem conservar seus efeitos, para fins de maus antecedentes, por mais cinco anos a contar da prescrição quinquenal prevista no art. 64, I, do Código Penal.

DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA. PROVA TESTEMUNHAL. ENVOLVIMENTO EM ATIVIDADES ILÍCITAS. PESSOAS TEMIDAS. CONVÍVIO SOCIAL DESFAVORÁVEL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE.

Apresentam má conduta social os réus que são referidos como traficantes na região em que habitam e são tidos como pessoas temidas. O notório envolvimento dos acusados em atividades ilícitas, relatados por testemunhos, demonstram que não apresentam bom convívio social, a autorizar a fixação da pena-base acima do mínimo legal pela conduta social.

DOSIMETRIA. PENA-BASE. PERSONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIA NÃO PONDERADA PARA O AUMENTO DA REPRIMENDA. PLEITO DE AFASTAMENTO. INVIÁVEL.

Se o magistrado, embora pondere ter o acusado personalidade desvirtuada, não a valora para a fixação da pena-base, inexistente razão ao apelante ao pleitear a exclusão do aumento decorrente desta circunstância judicial.

DOSIMETRIA. PENA-BASE. CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. QUANTIDADE DE ADOLESCENTES CORROMPIDOS. PROVA DA MENORIDADE. EXISTÊNCIA NOS AUTOS.

A comprovação da menoridade dos adolescentes corrompidos, *in casu*, pode ser aferida pelos depoimentos dos infantes e pela sentença proferida nos autos que apuram a prática de atos infracionais correspondentes aos fatos apurados no presente processo.

DOSIMETRIA. ATENUANTE DA MENORIDADE. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. VALORAÇÃO DIVERSA DE AGRAVANTE IGUALMENTE PREPONDERANTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PONDERAÇÃO EQUIVALENTE. ADEQUAÇÃO DA PENA.

A valoração de circunstância atenuante preponderante em patamar diverso de agravante também predominante depende de motivação idônea. Ausente fundamentação, as circunstâncias legais devem receber ponderação equivalente.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSOR DATIVO. APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS. NOMEAÇÃO APÓS A CRIAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL. ARBITRAMENTO EM VALOR MONETÁRIO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 20, § 4.º.

APLICAÇÃO POR ANALOGIA.

In casu, como o causídico foi nomeado exclusivamente para apresentar as razões de apelação, faz ele jus ao arbitramento de verba honorária.

Conforme orientação da Seção Criminal desta Corte, a fixação de honorários advocatícios, para nomeação ocorrida após a criação da Defensoria Pública estadual, e quando não mais em vigor a Lei Complementar estadual n. 155/97, deve se dar em pecúnia, observando o contido no art. 20, § 4.º, do Código de Processo Civil, aplicado por analogia.

RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.051862-4, da comarca de Palhoça (1ª Vara Criminal), em que são apelantes Rogério Vas da Silva e outros e é apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por maioria de votos, conhecer dos recursos, vencido o relator, e, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso de Everaldo da Rosa Nunes e Jeferson Nunes para reduzir as suas reprimendas para, respectivamente, 73 anos e 6 meses de reclusão e 61 anos e 4 meses de reclusão; e dar parcial provimento ao recurso de Rogério Vas da Silva para reduzir sua pena para 68 anos e 4 meses de reclusão e 10 dias-multa e para fixar honorários advocatícios no valor de R\$ 495,00 ao defensor nomeado. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 16 de outubro 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. Gercino Gerson Gomes Neto.

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.

Nos termos do § 5.º, do art. 87 do RITJSC, os dados do presente feito deverão ser incluídos no CNCAI.

Florianópolis, 31 de outubro de 2014.

Roberto Lucas Pacheco
RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Palhoça, o Ministério Público ofereceu denúncia contra Everaldo Rosa Nunes, vulgo Lalau, Jeferson Nunes, conhecido por Perna, e Rogério Vas da Silva, imputando, a todos, a prática das condutas descritas no art. 121, § 2.º, I, III e IV, e no art. 121, § 2.º, III, IV e V, por duas vezes, ambos do Código Penal, e no art. 244-B, *caput*, da Lei n. 8.069/90, por três vezes, e, somente ao último, a prática da conduta descrita no art. 155, *caput*, do Código Penal, pelos fatos assim narrados na peça acusatória (fls. III-V – *ipsis litteris*):

Em meados do segundo semestre de 2011, o denunciado EVERALDO ROSA NUNES, vulgo “Lalau”, traficante de drogas do bairro Morar Bem, no Município de São José, desentendeu-se com a vítima e vizinho Gelson Aparecido de Souza, em razão da instalação, levada a efeito por esse último, de uma câmera de segurança posicionada em direção à via pública, na entrada do salão de beleza da companheira Lenice dos Santos, na Rua Vitória Régia, bairro Morar Bem, no Município de São José.

Aos olhos do denunciado EVERALDO, o aparelho eletrônico instalado pelo vizinho comprometia o livre comércio de entorpecentes por ele desenvolvido há cerca de três casas do local. Diante dessa briga havida com a vítima e por entender que ela intentava delatá-lo às autoridades – motivo torpe –, EVERALDO engendrou um plano para ceifar a vida de Gelson Aparecido de Souza.

Para ter êxito na empreitada criminosa, EVERALDO, vulgo “Lalau”, convocou, mediante promessa de recompensa em dinheiro e em droga – motivo torpe –, os denunciados JEFERSON NUNES e ROGÉRIO VAS DA SIL-

VA, bem assim os adolescentes I. P. da R., S. L. de O., vulgo “X.”, e J. D. dos S., esse último funcionário da vítima, para que, juntos, pusessem em prática o plano adrede preparado, o que foi aceito por todos. O objetivo colimado pelos agentes era, com a superioridade numérica de executores, surpreender a vítima em seu local de trabalho, desprevenida, facilitando a consecução da morte.

Foi assim que, municiados pelas informações prestadas pelo próprio denunciado ROGÉRIO e, especialmente, pelo adolescente J., cuja função era detalhar as características do local onde a vítima trabalhava e disponibilizar os instrumentos do crime (pés de cabra), em 9 de janeiro de 2012, por volta das 11hs, os denunciados EVERALDO ROSA NUNES, ROGÉRIO VAS DA SILVA e JEFERSON NUNES, juntamente com os adolescentes I. P. da R. e S. L. de O., todos movidos por vontade de matar, dirigiram-se a bordo de um veículo até o galpão situado atrás da empresa Aceville Transportadora, às margens da BR-282, no bairro Bela Vista, nesta Comarca.

Lá chegando, franqueada a entrada pelo adolescente J., EVERALDO ROSA NUNES e JEFERSON NUNES, em comunhão de desígnios com os demais, muniram-se do pé de cabra previamente disposto no local (termo de apreensão de fl. 17) e alcançaram sub-repticiamente o segundo piso da construção, ocasião em que, com animus necandi, de surpresa, sem que a vítima Gelson Aparecido de Souza pudesse esboçar qualquer reação defensiva porquanto não esperava o ataque, desferiram inúmeros golpes contra a sua cabeça, causando-lhe as lesões descritas no laudo pericial de fls. 113/119, a causa eficiente de sua morte.

Enquanto isso, no andar térreo da construção, lugar onde se encontravam as vítimas V. H. P. de S. e G. V. dos S. de S., o denunciado ROGÉRIO VAS DA SILVA, valendo-se de outro pé de cabra (termo de apreensão de fl. 17) e do seu maior vigor em relação à compleição física do infante – o que impossibilitou a defesa da criança –, mediante vínculo de vontades com os demais, desferiu inúmeros golpes contra a cabeça e a face de V., causando-lhe as lesões descritas no laudo pericial de fls. 100/105, as quais constituíram a causa eficiente de sua morte.

Em seguida, com apoio material de S., ainda em unidade de desígnios com os denunciados JEFERSON e EVERALDO e os adolescentes, ROGÉRIO investiu contra a vítima G. e, com expreso intento de matar, aproveitando-se

da superioridade de forças e da frágil compleição física da criança – o que impossibilitou a sua defesa –, golpeou a nuca e a cabeça do ofendido, o que lhe causou as lesões descritas no laudo pericial de fls. 106/112, as quais foram a causa eficiente de sua morte.

Na sequência, quando todas as três vítimas já estavam prostradas no chão, o denunciado ROGÉRIO alcançou o segundo andar da construção e, com o intento de apossar-se do patrimônio alheio, subtraiu, para si, do interior de um dos bolsos de Gelson um aparelho celular e a carteira de propriedade desse.

Os denunciados EVERALDO ROSA NUNES, ROGÉRIO VAS DA SILVA e JEFFERSON NUNES praticaram os crimes contra as crianças V. H. P. de S. e G. V. dos S. de S. para assegurar a ocultação e a impunidade do delito perpetrado contra o pai delas, já que temiam ser reconhecidos e delatados pelos meninos.

Os denunciados EVERALDO ROSA NUNES, ROGÉRIO VAS DA SILVA e JEFFERSON NUNES valeram-se também de meio absolutamente cruel e que imenso sofrimento impingiu às vítimas V. H. P. de S., G. V. dos S. de S. e Gelson Aparecido de Souza, já que por várias vezes golpearam fortemente os ofendidos com pés de cabra, fazendo-os verter grande quantidade de sangue até o óbito.

Com isso, os denunciados ainda corromperam os adolescentes J. D. dos S., I. P. da R. e S. L. de O., vulgo “X.”, com eles praticando as infrações penais anteriormente descritas.

Concluída a instrução, Everaldo Rosa Nunes e Jeferson Nunes foram pronunciados pela prática, em tese, dos delitos descritos no art. 121, § 2.º, I, III e IV, e no art. 121, § 2.º, III, IV e V, por duas vezes, ambos do Código Penal, e no art. 244-B, *caput*, da Lei n. 8.069/90, e Rogério Vas da Silva foi pronunciado pela prática, em tese, dos delitos descritos no art. 121, § 2.º, I, III e IV, no art. 121, § 2.º, III, IV e V, por duas vezes, e no art. 155, *caput*, todos do Código Penal, e no art. 244-B, *caput*, da Lei n. 8.069/90, para serem submetidos a julgamento perante o Tribunal do Júri (fls. 719-738).

Rogério interpôs recurso em sentido estrito, o qual ascendeu a esta Corte por instrumento (fls. 750-758 e 768). A decisão de pronúncia tran-

sitou em julgado para o Ministério Público e para os acusados Everaldo e Jeferson, sem o manejo de recurso (fls. 766-767).

A pedido, determinou-se a suspensão do processo em relação a Everaldo e Jeferson por 90 dias ou até o julgamento do recurso de Rogério (fl. 788). Esta Câmara Criminal negou provimento ao recurso de Rogério, no qual se pretendia a despronúncia (fls. 801-806).

Levados a júri popular, o Conselho de Sentença, por maioria de votos, acolheu a acusação levada a efeito contra os réus. Na sentença, condenou-se: a) Everaldo da Rosa Nunes, à pena de 25 anos de reclusão, pela prática do crime descrito no art. 121, § 2.º, I, III e IV, do Código Penal, referente à vítima Gelson Aparecido de Souza; à pena de 25 anos de reclusão, pela prática de cada um dos delitos descritos no art. 121, § 2.º, III, IV e V, do Código Penal, referentes às vítimas V. H. P. de S. e G. V. dos S. de S.; e à pena de 1 ano e 7 meses de reclusão, pela prática do delito descrito no art. 244-B, *caput*, da Lei n. 8.069/90, totalizando, em razão do concurso material de crimes (CP, art. 69), a reprimenda de 76 anos e 7 meses de reclusão, em regime fechado; b) Jeferson Nunes, à pena de 21 anos de reclusão, pela prática do crime descrito no art. 121, § 2.º, I, III e IV, do Código Penal, referente à vítima Gelson Aparecido de Souza; à pena de 21 anos de reclusão, pela prática de cada um dos delitos descritos no art. 121, § 2.º, III, IV e V, do Código Penal, referentes às vítimas V. H. P. de S. e G. V. dos S. de S.; e à pena de 1 ano e 5 meses de reclusão, pela prática do delito descrito no art. 244-B, *caput*, da Lei n. 8.069/90, totalizando, em razão do concurso material de crimes (CP, art. 69), a reprimenda de 64 anos e 5 meses de reclusão, em regime fechado; e c) Rogério Vas da Silva, à pena de 23 anos de reclusão, pela prática do crime descrito no art. 121, § 2.º, I, III e IV, do Código Penal, referente à vítima Gelson Aparecido de Souza; à pena de 23 anos de reclusão, pela prática de cada um dos delitos descritos no art. 121, § 2.º, III, IV e V, do Código Penal, referentes às vítimas V. H. P. de S. e G. V. dos S. de S.; à

pena de 1 ano e 1 mês de reclusão e ao pagamento de 10 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 155, *caput*, do Código Penal; e à pena de 1 ano e 5 meses de reclusão, pela prática do delito descrito no art. 244-B, *caput*, da Lei n. 8.069/90, totalizando, em razão do concurso material de crimes (CP, art. 69) a reprimenda de 71 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e 10 dias-multa, no valor mínimo legal (fls. 1.003-1.007, 1.029-1.054 e 1.055-1.067).

Não resignados, Everaldo e Jeferson, por meio de seus defensores, na sessão do Tribunal do Júri, interpuseram apelação, com fundamento no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal (fl. 1.007). Também inconformado, Rogério, por meio de seu defensor, interpôs apelação, sem indicar o fundamento legal (fl. 1.069).

Em suas razões, Everaldo e Jeferson, expressamente fundamentados no art. 593, III, “b”, “c” e “d”, do Código de Processo Penal, alegaram a preliminar de nulidade do julgamento por não haver a assinatura de seus defensores na ata da sessão do Tribunal do Júri, afrontando o disposto no art. 494 do Código de Processo Penal. Quanto ao mérito, sustentaram existir injustiça na aplicação da pena, pleiteando o afastamento da valoração negativa da conduta social, dos antecedentes e da personalidade, assim como do aumento dado pelas circunstâncias do crime de corrupção de menores, ao argumento de só haver prova da menoridade de um dos três adolescentes corrompidos. Aduziram, ainda, a falta de proporcionalidade na valoração do quantum referente à atenuante da menoridade relativa com as agravantes, requerendo a diminuição do aumento dado para essas circunstâncias para que se igualem ao aplicado para aquela (fls. 1.098-1.103).

Rogério, por sua vez, alegou que a decisão dos jurados é contrária à prova dos autos, por não haver provas de sua autoria. Assim, solicitou a sua submissão a novo julgamento. Quanto à dosimetria, sustentou ser

exacerbado o aumento dado pela magistrada, na fixação da pena-base dos homicídios, pelas circunstâncias do delito. Insurgiu-se contra o fundamento utilizado para a valoração da conduta social, argumentando sua inidoneidade. Formulou pedido para a preponderância da atenuante da menoridade relativa sobre às circunstâncias agravantes. Por fim, postulou a fixação de honorários advocatícios em favor do defensor nomeado para apresentar as razões do recurso (fls. 1.120-1.129).

Nas suas contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo não conhecimento dos apelos defensivos, em razão da ausência de indicação correta dos fundamentos das razões nas peças de interposição e, caso conhecidos, pela manutenção do decisum (fls. 1.133-1.153).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota, que opinou pelo conhecimento e não provimento dos recursos (fls. 1.155-1.170).

É o relatório.

VOTO

1. Inicialmente, cumpre destacar que este relator ficou vencido quanto ao conhecimento do recurso.

O *Parquet* de Primeiro Grau pleiteou o não conhecimento dos recursos interpostos, sob o fundamento de que não foi observado o entendimento consolidado na Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal, posto que os recorrentes Everaldo e Jeferson indicaram, na interposição, a alínea “d” do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal, mas apresentaram razões que dizem respeito às alíneas “a” e “c” do mesmo dispositivo; e o apelante Rogério não indicou o fundamento de seu inconformismo ao apresentar o seu recurso e argumentou, em seu arrazoado, a ocorrência de decisão contrária à prova dos autos e de injustiça na aplicação da pena (CPP, art. 593, III, “c” e “d”).

A propósito, importante colacionar a redação da súmula acima indicada: “O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos de sua interposição”.

De fato, é pacífico que as decisões do Conselho de Sentença são revestidas pelo princípio da soberania dos veredictos, expressamente previsto no art. 5.º, XXXVIII, “c”, da Constituição Federal.

A doutrina, de modo uniforme, destaca a especialidade do procedimento afeto ao Tribunal do Júri, porque especial o seu fundamento de validade perante o sistema judicial brasileiro. Nesse passo, sempre atentos aos temas constitucionais do processo penal, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes dissertam:

77. Decisões do Tribunal do Júri: aspectos gerais

Constitui forma tradicional de julgamento criminal colegiado com participação popular no Brasil o efetivado pelo júri, que tem competência para julgar crimes dolosos contra a vida (art. 5.º, XXXVIII, *d*, CF, e art. 74, § 1.º, CPP) e outros delitos quando ligados àqueles por conexão ou continência (art. 78, I, CPP).

Os veredictos dos jurados, por representarem a vontade popular, são considerados soberanos; assim também no Brasil, segundo o art. 5.º, XXXVIII, *c*. Visando preservar essa soberania, com inspiração no art. 350 do *Code d'Instruction Criminelle*, propagou-se a ideia da irrecorribilidade dos julgamentos do júri, mas vários sistemas, como o português e o brasileiro, admitem, ainda que de forma limitada, a impugnação das decisões do Conselho de Sentença. No Brasil, cabe apelação contra decisões do júri nas hipóteses das alíneas do art. 593, III, sendo possível que o tribunal declare nulidade posterior à pronúncia (art. 593, III, *a*) ou altere a sentença do juiz-presidente (art. 593, III, *b* e *c*), mas não lhe é permitido substituir o julgamento popular por outro. Cabe-lhe apenas, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos, determinar novo julgamento (art. 593, III, *d* e § 3.º). Há, nessa última hipótese, verdadeiro juízo de cassação, e, por isso, fala-se em apelação *sui generis*. Com isso, buscou o legislador solução conciliatória entre dois princípios relevantes: admitiu a impugnação, assegurando assim observância do duplo grau de jurisdição, mas só permitiu ao tribunal mandar o acusado a novo julgamento, preservando dessa forma a soberania do júri.

[...]

As apelações do júri, previstas no art. 593, III, *a, b, c e d*, são de fundamentação vinculada, e, sendo assim, se a parte invocar uma das alíneas, não pode o tribunal julgar com base em outra. Não pode também o recorrente, após ter restringido na petição a sua impugnação a determinada hipótese, ampliar nas razões o âmbito da devolução do recurso para incluir outra, quando já superado o prazo legal de interposição da apelação. Nada impediria, contudo, à parte de, ainda no prazo, acrescentar à impugnação outra matéria, suplementando o primeiro recurso com outro (*Recursos no Processo Penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009. p. 98-99).

Por essa razão é que as apelações interpostas contra as decisões proferidas pelo Tribunal do Júri possuem efeito devolutivo restrito, pelo que fica a Superior Instância limitada à matéria deduzida no reclamo, pois se trata de um microssistema próprio, em que a competência para o processamento e o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, por opção política do chamado “Poder Constituinte Originário”, se reveste de particularidades, merecendo especial atenção o princípio da soberania dos vereditos, que dá ensejo, dentre outros desdobramentos, à natureza especial dessa apelação de fundamentação vinculada ou clausulada pela própria interposição.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci, comentando o art. 593 do Diploma Processual Penal, leciona:

11. Decisões do Tribunal do Júri: embora se possa argumentar que as decisões do Tribunal Popular poderiam estar inseridas no inciso I do artigo em comento (sentenças definitivas de condenação ou absolvição), preferiu a norma processual penal excepcionar o caso do júri, justamente para fazer com que a apelação, nessa hipótese, ficasse vinculada a uma motivação. Não se ataca, pois, decisão do Tribunal do Júri por qualquer razão ou inconformismo, mas somente nos casos enumerados nas alíneas deste inciso. Garante-se o duplo grau de jurisdição, ao mesmo tempo em que se busca preservar a soberania dos veredictos (*Código de Processo Penal Comentado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1.044).

Nessa senda, mudando o que deve ser mudado, o Supremo Tribunal Federal assentou:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRIBUNAL DO JÚRI. QUESITAÇÃO. VÍCIO. ATA DE JULGAMENTO. NÃO CONSIGNAÇÃO. PRECLUSÃO. APELAÇÃO. RECURSO DE FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA. ORDEM DENEGADA.

I – O recurso de apelação previsto nas alíneas do art. 593, III, do Código de Processo Penal tem fundamentação vinculada.

II – Não consignada a irrisignação na ata de julgamento da Sessão Plenária do Júri, não há falar em vício formal, em face da preclusão.

III – Ordem denegada (*Habeas Corpus* n. 93.406/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. em 17.6.2008).

O Superior Tribunal de Justiça, nesse mesmo diapasão, decidiu:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO TENTADO. TRIBUNAL DO JÚRI. TERMO DE APELAÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 593, INCISO I, DO CPP. RAZÕES APRESENTADAS COM FUNDAMENTO DIVERSO. RECURSO NÃO CONHECIDO NA ORIGEM. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INDICAÇÃO DO INCISO INCORRETO. RAZÕES RECURSAIS QUE NÃO SANARAM O ERRO. ANÁLISE DA TESE QUE VIOLARIA O PRINCÍPIO DO *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELATUM*. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 713/STF. RECONHECIMENTO DE ERRO DE DIGITAÇÃO QUE NÃO ALTERA O CASO. ALÍNEA DO DISPOSITIVO NÃO INDICADA. ORDEM DENEGADA.

I. O recurso das decisões emanadas do Tribunal do Júri tem fundamentação vinculada às hipóteses legais do art. 593, inciso III e alíneas, do Código de Processo Penal, nas seguintes situações: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

II. A petição de interposição da apelação, contra as decisões emanadas pelo Tribunal do Júri, restringe-se a devolutividade ao órgão *ad quem*, não poden-

do ser alterada por ocasião da apresentação das razões recursais, salvo se ainda no quinquídio legal.

III. Hipótese na qual a Defensoria Pública, ao apresentar as razões recursais, sequer citou o dispositivo no qual fundamentava o recurso, tendo se limitado a apresentar as razões pela qual questionava a pena imposta ao réu, como se o apelo tivesse sido interposto com fulcro no art. 593, inciso III, alínea 'c', do Código de Processo Penal.

IV. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que o efeito devolutivo do recurso de apelação, contra as decisões proferidas no procedimento dos crimes dolosos contra a vida, é adstrito ao fundamento da sua interposição, não havendo devolução ampla da matéria debatida no Plenário do Júri.

V. Se o recorrente não indicou o inciso correto do art. 593 do Código de Processo Penal – hipótese dos autos – ou se, mesmo tendo apresentado o inciso III e uma de suas alíneas, argumentou nas razões recursais em relação à matéria diversa daquela abrangida pela alínea citada, não pode o Tribunal, em obediência à soberania do veredicto do Conselho de Sentença e ao *Princípio do tantum devolutum quantum appellatum*, examinar os argumentos apresentados, sob pena de incorrer em julgamento *extra petita*.

VI. Incabível a alegação de ocorrência de mero erro de digitação, pois mesmo que assim fosse reconhecido, aceitando-se a tese de que na verdade o que se pretendia era indicar no termo de apelação o inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal, sendo necessário que se informe sob qual alínea o apelo seria arrazoado, evitando-se tornar inócuo o entendimento restritivo do recurso interposto em relação à sentença proferida pelo Tribunal do Júri, os argumentos apresentados pelo recorrente não poderiam ser analisados pelo Colegiado Estadual.

VII. Ordem denegada (*Habeas Corpus* n. 161.645/RS, rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. em 17.4.2012).

Desta Corte, colhe-se:

RECURSO-CRIME – APELAÇÃO – INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI – DELIMITAÇÃO EXPRESSA DA FUNDAMENTAÇÃO (ART. 593, III, d, CPP) – ACRÉSCIMO NAS RAZÕES (ART. 593, III, a E d, CPP) – CONHECIMENTO RESTRITO.

A apelação contra decisões do Tribunal do Júri tem natureza restrita, não devolvendo à Superior Instância o conhecimento integral da causa, cujo Tribunal fica circunscrito aos motivos invocados expressamente na interposição; assim, se o recorrente expressamente interpõe o recurso dizendo apenas que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos, não pode, nas razões, sustentar aquele fundamento e aduzir outro, como nulidade posterior à pronúncia (Apelação Criminal n. 2000.020966-0, de Xaxim, rel. Des. Subst. Nilton Macedo Machado, j. 12.12.2000).

Nesse passo, a instituição do Tribunal do Júri, por ser expressão da democracia direta, decorrente da própria manifestação do Estado Democrático de Direito, somente poderá ter a sua decisão revista ou cassada, nas estritas hipóteses previstas no inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal, não se podendo admitir a interposição com fundamento em inciso diverso.

Estabelece o dispositivo em pauta:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei n. 263, de 23.2.1948)

- I – das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;
- II – das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;
- III – das decisões do Tribunal do Júri, quando:
 - a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
 - b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
 - c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
 - d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Segundo este relator, a inviabilidade do conhecimento dos recursos se potencializa na medida em que os recorrentes Everaldo e Jeferson apresentaram razões de apelação com fundamento estranho ao da interposição, ampliando a não resignação após o quinquídio legal. Embora

tenham indicado expressamente no arrazoado a alínea “d” do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal, a qual também foi apontada na interposição, não expuseram argumentos a respeito de ser a decisão dos membros do Júri contrária às provas produzidas no processo. Não se indicou por que o *decisum* dos jurados – de condená-los – estaria contraposto aos elementos de convicção presentes nos autos. Apenas se apresentou fundamentação no que concerne à suposta nulidade do julgamento em razão da inexistência de assinatura de seus defensores na ata da sessão do Tribunal do Júri e à aplicação das penas, sob o pretexto de serem exacerbadas.

Em relação ao recurso do réu Rogério, ele, em sua peça de interposição, não indicou qualquer alínea para embasar sua insurgência, mas aduziu, em suas teses, ser a decisão dos jurados contrária às provas dos autos e ser a pena aplicada injusta.

Ainda sobre a inviabilidade do recurso, no pertinente à restrição de rediscussão das matérias decididas pelo Tribunal do Júri, traz-se à colação o entendimento deste Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO SIMPLES NA FORMA TENTADA.

[...]

PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO, COM BASE NA AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO COM FUNDAMENTAÇÃO RESTRITA, QUE DEVE SE ATER A UMA DAS HIPÓTESES CONTIDAS NO ART. 593, III DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO CONHECIMENTO.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, DESPROVIDO (Apelação Criminal n. 2012.069327-3, de São Bento do Sul, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, Segunda Câmara Criminal, j. em 5.3.2013).

E:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO (ART. 121, § 1º, C/C O ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). DECRETO CONDENATÓRIO. RECURSO DA DEFESA.

AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO NA PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO. SÚMULA 713 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LIMITES DO EFEITO DEVOLUTIVO QUE NÃO FORAM ESTABELECIDOS NEM MESMO NAS RAZÕES RECURSAIS. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE.

O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição (Súmula 713 do STF).

RECURSO NÃO CONHECIDO (Apelação Criminal n. 2013.084740-8, de Balneário Camboriú, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, Primeira Câmara Criminal, j. em 12.8.2014).

Ainda:

PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO COM FUNDAMENTAÇÃO RESTRITA. EXEGESE DO ART. 593, III, DO CPP. NÃO CONHECIMENTO.

O Tribunal não pode, pura e simplesmente, absolver quem foi condenado, ou condenar quem foi absolvido. Pode, se preenchidos os pressupostos, anular o julgamento e determinar que a outro seja realizado, mas não modificar, alterar o mérito da causa, sob pena de violar o princípio constitucional da soberania do júri (Apelação Criminal n. 2010.033055-7, de Itajaí, rel. Des. Torres Marques, Terceira Câmara Criminal, j. em 2.8.2011).

Este relator não desconhece a existência de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais – acompanhados pelos demais membros que compuseram o presente julgamento – que, invocando o princípio da ampla defesa, conhecem de recursos com interposição aviada de modo irregular.

A respeito, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

HABEAS CORPUS. SENTENÇA DO TRIBUNAL DO JÚRI. APELAÇÃO MINISTERIAL PÚBLICA. DEVOLUTIVIDADE. SÚMULAS 160 E 713 DO STF.

I – O efeito devolutivo dos recursos manejados contra as sentenças proferidas pelo Tribunal do Júri há de ser analisado em sua dimensão mais restritiva, devido à soberania dos veredictos desse Conselho de Sentença (alínea “c” do inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição Federal).

II – Naqueles casos em que a peça de interposição recursal é vaga, genérica, os limites de atuação da Corte de segunda instância hão de ser dimensionados pelas razões de apelação, desde que tempestivamente apresentadas.

III – É ilegítima a atuação do Tribunal de segunda instância que, baseado em proposição estranha à peça recursal-acusatória, declara nulidades desfavoráveis ao acusado.

IV – Ordem concedida (*Habeas Corpus* n. 85.609/MT, rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. em 28.6.2005).

Do Superior Tribunal de Justiça, extrai-se:

2. As decisões do Tribunal do Júri revelam particularidades, motivo pelo qual o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal se restringe aos fundamentos da sua interposição, elencados nas alíneas do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal. Entretanto, apresenta-se como mera irregularidade a ausência de indicação de uma das alíneas do referido artigo, se nas razões recursais, a defesa apresentou fundamentação para o apelo e delimitou os seus pedidos, como ocorreu na espécie (*Habeas Corpus* n. 258.623/TO, rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 6.5.2014).

E, desta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO CONTRA DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO PERMISSIVO LEGAL NA INTERPOSIÇÃO DO APELO. FALTA SUPRIDA QUANDO DA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES, CIRCUNSTÂNCIA QUE PERMITE O CONHECIMENTO DOS RECURSOS. PRELIMINAR AFASTADA. É entendimento pacífico na doutrina que a apelação interposta contra decisão proferida pelo Tribunal do Júri é um recurso de fundamentação vinculada, pois se restringe às hipóteses do artigo 593, inciso III, do Código de Processo Penal. Possível, porém, o conhecimento do apelo, se as razões apresentadas demonstrarem de modo satisfatório os motivos pelos quais se busca a reforma do decisum. [...] RE-

CURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2008.035243-9, de Ituporanga, rel. Des. Torres Marques, j. 15.7.2008).

Este relator, inclusive, já se posicionou nesse sentido, acompanhando os precedentes dos tribunais superiores:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA. CÓDIGO PENAL, ART. 121, § 2.º, IV, C/C ART. 14, II. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO.

FUNDAMENTO DO RECURSO. EMBASAMENTO LEGAL. PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO. DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA EXTRAÍDA DAS RAZÕES RECURSAIS. IRREGULARIDADE QUE NÃO IMPEDE O CONHECIMENTO DO APELO.

A ausência de indicação dos fundamentos legais na peça de interposição do recurso contra a decisão do Tribunal do Júri não obsta o conhecimento da apelação se é possível extrair das razões, claramente, a delimitação da insurgência (Apelação Criminal n. 2013.081654-4, de Quilombo, j. em 29.5.2014).

Entretanto, diante do caso concreto, revendo meu posicionamento, entendo ser indispensável a indicação das razões do inconformismo já na peça de interposição da apelação manejada contra a decisão do Tribunal do Júri, sob pena de não conhecimento da apelação.

Não se mostra lógico admitir o recurso quando, sem indicação expressa na interposição, a matéria for delimitada nas suas razões e não o conhecer quando houver ampliação/inação no arrazoado quanto aos limites estabelecidos na interposição.

Conquanto sejam judiciosos tais posicionamentos, não pode ser considerada mera irregularidade a inobservância da legislação processual e do verbete sumular, especialmente no caso em apreço, diante das refaladas circunstâncias, sob pena de se enveredar por caminho sem volta, que levará à instabilidade das relações jurídico-processuais, implicando afastamento das balizas legais à luz da ampla defesa, se tomada isoladamente dentro do sistema constitucional, levando a absurdos jurídicos.

Nesse passo, inúmeras outras situações poderiam ser encaradas como violadoras das diversas formas de manifestação da ampla defesa, visto que o espectro de incidência seria muito amplo, imaginando-se, por exemplo, o recurso manifestamente intempestivo, em que o procurador ou o defensor do acusado, ou ele pessoalmente, interpusessem o inconformismo a destempo, mas, ainda assim, a parte adversa observaria, perplexa, o conhecimento da insurgência, em homenagem à ampla defesa.

Ou, de outra parte, situações em que o acusado interponha recurso manifestamente descabido, e mesmo não existindo qualquer divergência acerca de qual o remédio processual cabível, o Tribunal teria que apreciar a matéria posta em discussão, ainda que evidenciado o chamado “erro grosseiro”, a fim de manter a coerência e mitigar a forma em favor da ampla defesa.

Imagine-se o caótico cenário processual se, admitido o viés absoluto do direito à ampla defesa, se pudesse implodir a estabilização da ação penal, arrolando-se testemunhas a destempo, ainda que encerrada a instrução criminal, ou até mesmo após a sentença, tudo em homenagem à ampla defesa, mas com sério prejuízo aos demais princípios constitucionais, especialmente à segurança jurídica e ao devido processo legal.

Na mesma esteira, toda a gama de impugnações que devem ser manifestadas no decorrer do julgamento no plenário do Tribunal do Júri (CPP, art. 495), mesmo que omissa a ata do julgamento, à luz da ampla defesa poderiam vir à tona, novamente, para rediscussão das matérias vencidas, quando da devolução da matéria restrita ao Tribunal.

O número de hipóteses, aliás, é incontável, trazendo-se à colação, por amor à economia, apenas esses, que são suficientes para dimensionar a perniciosidade da retirada de alguns dos pilares do processo penal, entendido como marcha para a frente, afastando-se a técnica de impulso processual mediante o reconhecimento da preclusão para os atos processuais.

Melhor cenário, de outro vértice, se extrai da colmatagem do princípio da ampla defesa com os demais, nenhum deles com menor dignidade constitucional, e que igualmente incidem sob a perspectiva do devido processo legal penal, especialmente a razoabilidade, visando à estabilidade das relações jurídico-processuais, que é uma das roupagens assumidas pelo princípio da segurança jurídica em nosso ordenamento, porque, sabidamente, não existem direitos absolutos, nem sequer os constitucionais.

O Supremo Tribunal de Justiça, nesse viés, decidiu:

Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa (*Habeas Corpus* n. 93.250/MS, rel. Mina. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. em 10.6.2008).

E, do mesmo Tribunal, reiterando que não há direito constitucional absoluto, tampouco a ampla defesa:

1. As alegações de desrespeito aos postulados da ampla defesa e do devido processo legal consubstanciam ofensa reflexa à Constituição do Brasil, circunstância que não viabiliza o acesso à instância extraordinária. Precedentes.
2. Inexistem garantias e direitos absolutos. As razões de relevante interesse público ou as exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades permitem, ainda que excepcionalmente, a restrição de prerrogativas individuais ou coletivas. Não há, portanto, violação do princípio da supremacia do interesse público (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 455.283/RR, rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. em 28.3.2006).

Na mesma senda, e também com as adequações necessárias:

4. Ademais, não se pode esquecer que não há direitos absolutos, ilimitados e ilimitáveis.

5. Caberá, então, ao intérprete dos fatos e da norma, no contexto global em que se insere, no exame de casos concretos, no controle difuso de constitucionalidade e legalidade, nas instâncias próprias, verificar se ocorreu, ou não, com o proselitismo, desvirtuamento das finalidades da lei (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.566/DF, rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. em 22.5.2002).

Desta Corte:

Em decorrência das balizas ético-jurídicas inerentes ao sistema constitucional pátrio, e com base na técnica da proporcionalidade, afigura-se insustentável a tese acerca da existência de interesses e valores jurídicos imunes às limitações e derogações resultantes da ponderação do conflito entre princípios, quando em voga duas máximas de relevante e similar valor, porquanto, diante da força normativa da Constituição, não há direito de caráter absoluto (vide RTJ 157/44, Rel. Min. Francisco Rezek), possibilitando-se ao intérprete afeiçoar a prerrogativa tutelada na lei máxima à realidade concreta, ainda que isso importe em mitigação da garantia fundamental em detrimento do interesse social, preservado, contudo, o núcleo essencial daquele circunstancialmente enfraquecido (*Habeas Corpus* n. 2009.043493-0, de Navegantes, rela. Des. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. em 1.º.9.2009).

E mais:

“A solução passa necessariamente pela ponderação de valores igualmente acolhidos na ordem constitucional e o conflito de interesses – caracterizador da sociedade pluralista – deve ser resolvido com base no critério hermenêutico da proporcionalidade [...]” (TJMG, Ap. Crim. N. 1.0000.06.438933-1/000(1), de Mariana, rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, j. em 18-12-2006) (Apelação Criminal n. 2011.003553-3, de Blumenau, rela. Des. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. em 27.9.2011).

Também, alterando o que deve ser alterado, repisa-se a inexistência de direitos absolutos:

Em que pese divergências acerca da condição de ser a garantia de sigilo bancário espécie de direito à privacidade e intimidade, sabe-se que estes não são absolutos, podendo, em situações excepcionais, ser decretada a quebra do sigilo bancário das partes envolvidas, aparentemente, em conduta ilícita,

para melhor andamento da instrução processual, até porque “a doutrina e a jurisprudência estão acordes quanto à inexistência de direito absoluto à privacidade, porque pode ser afastada a proteção deste direito quando razões plausíveis superem o direito individual” (STJ).

“O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas” (STF) (Agravo de Instrumento n. 2003.024001-2, de Orleans, rel. Des. Irineu João da Silva, Segunda Câmara Criminal, j. em 20.4.2004).

Na mesma linha:

Consoante a Carta Magna em vigor, “O princípio constitucional da liberdade de informação e expressão é total, mas não absoluto, devendo ajustar-se ao poder regulamentador do Estado no que concerne à moral, aos bons costumes, *ipso facto*, à saúde mental da população, sobretudo das crianças, dos adolescentes, e da família...”, respeitando-se “a intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, respondendo cada um pelos excessos que cometer. Não seria de conceber que, em um estado de direito democrático, pudesse alguém através da imprensa caluniar, difamar ou ofender a honra e os bons costumes sobranceiramente. Seria, no mínimo, negar a existência do próprio Estado. Cada um tem o direito de livremente expressar o seu pensamento, porém com igual proteção jurídica conferida à liberdade das demais pessoas, isto é, a liberdade pessoal há de conter-se dentro dos limites da liberdade de todos” (Recurso de *habeas corpus* n. 3.296-0 – Santa Catarina – Relator: O Exmo. Ministro JESUS COSTA LIMA; in DJU de 21.2.94, pág. 2.180) (Apelação Criminal n. 1988.069904-0, de Itajaí, rel. Des. Alberto Costa, Segunda Câmara Criminal, j. em 13.5.1994).

Outros Órgãos Julgadores deste Tribunal de Justiça de Santa, novamente mudando o que deve ser mudado, já se pronunciaram, neste mesmo sentido, acerca da inexistência de direitos constitucionais absolutos:

APELAÇÃO CRIMINAL EM MANDADO DE SEGURANÇA – IMPETRAÇÃO CONTRA REGULAMENTO ADMINISTRATIVO QUE ESPECIFICA O USO DE DETERMINADAS VESTIMENTAS E VEDA O USO DE ACESSÓRIOS PARA VISITANTES EM PRESÍDIO – CONFLITO DE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES – PONDERAÇÃO DE INTERESSES PELO MÉTODO DA PROPORCIONA-

LIDADE – MITIGAÇÃO DO DIREITO INDIVIDUAL À IMAGEM QUANDO CONTRAPOSTO À SEGURANÇA PÚBLICA – MANUTENÇÃO DA DECISÃO DENEGATÓRIA DO PEDIDO – RECURSO NÃO PROVIDO.

“Não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto” (STF, Mina. Ellen Gracie).

Por um lado, se a determinação do uso de certas vestimentas mostra-se limitador de alguns direitos individuais dos visitantes – imagem –, por outro, deve ser analisada sob a ótica da segurança pública – protegendo-se a integridade física de todos os que se encontrarem no estabelecimento prisional, bem como para evitar que o crime seja comandado de dentro para fora do presídio (Apelação Criminal em Mandado de Segurança n. 2009.068779-9, da Capital, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, j. em 29.3.2011).

Igualmente:

Direito de informar e direito à honra. Obrigação do Judiciário tutelar a ambos.

O direito de informar não é absoluto, como não é qualquer um outro direito, ainda que assegurado na Constituição Federal. (Apelação Criminal n. 2003.025955-4, da Capital, rel. Des. Subst. Jânio Machado, Primeira Câmara Criminal, j. em 8.3.2005).

Denota-se, portanto, que até mesmo em decisões relativas a procedimentos de outros matizes, abstraídas as peculiaridades dos processos de competência do Tribunal do Júri, ou seja, não acobertados pelo manto da soberania dos vereditos, é patente que o princípio da ampla defesa não é absoluto, como, de resto, nenhum outro direito constitucional o é, devendo ser cotejado com os demais princípios encontrados na Carta Política, de modo a compreendê-la, dentro do ordenamento jurídico, com um todo harmonioso.

Sob outro enfoque, também é de interesse público, daí a expressão matéria de ordem pública, que decisões, por exemplo, manifestamente contrárias às provas dos autos, que, eventualmente, beneficiem o acusa-

do, também sejam revistas pelo Colegiado *ad quem*. Assim, mesmo que constatado equívoco do *dominus litis* na interposição do recurso, também deveria ser conhecido, se flexibilizado o princípio da soberania dos vereditos, cedendo passo a outros postulados.

Mas, não é o que ordinariamente ocorre, pois, em diversas ocasiões, os Tribunais de Superposição já evidenciaram:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ARTIGO 121, § 2º, INCISO IV, COMBINADO COM O ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO RESTRITO À FUNDAMENTAÇÃO DO APELO. LIMITE FIXADO PELO TERMO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 713 DO STF. NÃO OBSERVÂNCIA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em razão das peculiaridades das quais são revestidas as decisões do Tribunal do Júri, o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal é restrito aos fundamentos da sua interposição, previstos nas alíneas do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal, isto é, os limites do exame a ser feito pela Corte Estadual são fixados no termo ou petição de interposição do reclamo, de tal sorte que nas razões do inconformismo somente constarão os fundamentos de fato e de direito vinculados aos incisos anteriormente indicados.

2. No caso em apreço, depreende-se que o Ministério Público, ao apelar da sentença proferida em sessão plenária, olvidou-se de declinar quais das hipóteses elencadas no artigo 593, inciso III, do Código de Processo Penal seriam utilizadas para embasar a sua insurgência, cingindo-se a manifestar “o desejo de recorrer da decisão”, o que evidencia a violação à regra da fundamentação vinculada, oportunizando ao recorrente, em momento posterior, escolher quais seriam as suas teses recursais, em afronta ao entendimento já consolidado no âmbito dos Tribunais Superiores.

3. Assim, não declinados no momento oportuno os fundamentos da insurgência contra a decisão proferida pelo Tribunal do Júri, não poderia a Corte *a quo* conhecer do apelo interposto pela acusação e submeter o paciente a novo julgamento pela Corte Popular.

4. Aplicação do enunciado da Súmula n. 713 do Supremo Tribunal Federal.
5. Ordem concedida para anular o acórdão proferido no julgamento da Apelação Criminal n. 644824-0, restabelecendo-se a sentença proferida pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri (*Habeas Corpus* n. 243.566/PR, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 18.10.2012).

Em última análise, portanto, há que se observar que também o princípio da “paridade de armas”, derivado do princípio da igualdade que emana da própria Constituição Federal, e delimitado por meio do regramento infraconstitucional insculpido no Código de Processo Penal, dá suporte à aplicação, no presente caso, da soberania dos veredictos.

O postulado da paridade de armas, como manifestação do devido processo legal, também é consagrado pela jurisprudência pátria:

3. O procedimento do Júri, marcado por duas fases distintas e procedimentos específicos, exige a correlação obrigatória entre pronúncia-libelo-quesitação. Correlação, essa, que decorre não só da garantia da ampla defesa e do contraditório do réu – que não pode ser surpreendido com nova imputação em plenário –, mas também da necessidade de observância à paridade de armas entre acusação e defesa. Daí a impossibilidade de alteração, na segunda fase do Júri (*judicium causae*), das teses balizadas pelas partes na primeira fase (*judicium accusationis*), não dispondo o Conselho de Sentença dos amplos poderes da *mutatio libelli* conferidos ao juiz togado (STF, *Habeas Corpus* n. 82.980/DF, rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. em 17.3.2009).

E pelo Superior Tribunal de Justiça:

Quanto às omissões da denúncia, o art. 569 do cpp deve ser entendido **cum grano salis**, sob pena de violação do devido processo legal (paridade de armas) (Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 4.988/SP, rel. Min. Vicente Leal, rel. p/ Acórdão Min. Adhemar Maciel, Sexta Turma, j. em 27.5.1996).

Desse modo, sem menosprezo ao princípio da ampla defesa, mas atento aos demais postulados constitucionais referidos, harmonizando-os em perspectiva, de modo a não negar vigência a nenhum deles, e

adotando a interpretação sistemática, que melhor se amolda ao caso, este relator votou pelo não conhecimento dos recursos no que tange ao mérito do processo.

Entretanto, os demais julgadores que compuseram o presente julgamento votaram pelo conhecimento dos apelos, entendendo, com base nos precedentes das cortes superiores, tratar-se de meras irregularidades as falhas apontadas por este relator.

Diante disso, passa-se à análise das teses sustentadas nos reclamos.

2. Os acusados Everaldo e Jeferson alegaram, preliminarmente, a nulidade do julgamento do Tribunal do Júri por não haver a assinatura de seus defensores na ata de sessão.

Na sua redação original, assim dispunha o art. 494 do Código de Processo Penal: “de cada sessão de julgamento o escrivão lavrará ata, assinada pelo juiz e pelo órgão do Ministério Público”.

Acerca do tema, anotou Julio Fabbrini Mirabete que “a falta de assinatura, entretanto, é mera irregularidade, não prejudicando o julgamento” (*Código de processo penal interpretado*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1.278). Tal entendimento era amplamente sufragado pela jurisprudência pátria (TJSC, Apelação Criminal n. 1997.014786-4, de Araranjá, rel. Des. Alberto Costa, Segunda Câmara Criminal, j. em 15.9.1998; TJSC, Apelação Criminal n. 2000.004846-1, de Balneário Camboriú, rel. Des. Souza Varella, Primeira Câmara Criminal, j. em 14.8.2001; STJ, Recurso Especial n. 215.995, rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, j. em 20.3.2003; STF, *Habeas Corpus* n. 81.878, rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, j. em 19.3.1996; STF, *Habeas Corpus* n. 67.718, rel. Min. Aldir Passarinho, Segunda Turma, j. em 10.5.1990).

Com as alterações promovidas pela Lei n. 11.689/08, o art. 494 passou a exigir que a ata seja “assinada pelo juiz e pelas partes”. Sob a égide da novel legislação, registrou Guilherme de Souza Nucci:

Assinatura da ata: anteriormente, era assinada somente pelo juiz presidente e pelo Ministério Público. A partir da edição da Lei 11.689/2008, passou a ser assinada por todos os envolvidos (juiz, Ministério Público ou querelante, assistente, se houver, e defensor). Na verdade, a mudança não trará nenhum ganho prático efetivo. Se a ata for o espelho fiel do que houve na sessão plenária, todos a assinarão de bom grado. Aquele que não concordar, deixará de assiná-la, o que não significa a perda de sua validade para demonstrar o havido no julgamento (*Código de processo penal comentado*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 830).

Como se pode perceber, a despeito da nova redação do art. 494, não há óbice para a manutenção do mesmo entendimento jurisprudencial até então maciçamente aplicado. A ausência das assinaturas continua constituindo mera irregularidade. Visa a lei, com a exigência, apenas garantir às partes ciência do teor da ata. A esse respeito, colhe-se da recente jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO TENTADO DUPLAMENTE QUALIFICADO. MOTIVO TORPE E SURPRESA (ART. 121, § 2.º, INCS. I E IV, DO CP).

PRELIMINARES. ALEGADA NULIDADE DO FEITO ANTE A NÃO FORMULAÇÃO DE QUESITO REFERENTE À DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE LESÃO CORPORAL. INVIABILIDADE. JUIZ-PRESIDENTE QUE OPEROU CONFORME A LEGISLAÇÃO PROCESSUAL. ARGUIDA AUSÊNCIA DE FORMALIDADE NA ATA DE JULGAMENTO. ASSINATURA APENAS DO MAGISTRADO. MERA IRREGULARIDADE DO DOCUMENTO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE ANULAR O PROCESSO. PREFACIAIS REPELIDAS (Apelação Criminal n. 2009.011703-4, da Capital, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, Terceira Câmara Criminal, j. em 14.7.2009).

Além do mais, não se vislumbra prejuízo aos apelantes, posto que a última manifestação registrada na ata é de seus defensores recorrendo da decisão dos Jurados (fl. 1.007), o que evidencia que estiveram presentes até o final do julgamento.

Logo, afasta-se a prefacial de nulidade levantada.

3. Rogério aduziu que a decisão dos jurados é contrária à prova dos autos, requerendo a sua submissão a novo julgamento.

Rogério Sanches Cunha, Gustavo Müller Lorenzato, Maurício Lins Ferraz e Ronaldo Batista Pinto, discorrendo acerca das hipóteses de cabimento da apelação criminal, notadamente sobre o art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal (decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos), lecionam:

É preciso que a decisão dos jurados seja *manifestamente contrária* à prova dos autos. Assim se entende aquela decisão totalmente divorciada da prova do processo, ou seja, que não encontra nenhum apoio no conjunto probatório colhido nos autos [...] Se, porém, a decisão dos jurados encontra algum apoio na prova dos autos, tendo eles aderido a uma das versões verossímeis, a decisão é mantida, em nome, inclusive, da soberania dos veredictos. Somente – repita-se – aquela decisão que não encontrar qualquer arrimo na prova do processo é que autorizará novo julgamento com base nesse dispositivo penal (*Processo penal prático*. 3. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 189-190).

Não basta à anulação do julgamento, com base no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, a simples alegação de que os jurados superestimaram certos elementos de prova em detrimento de outros se, havendo diversidade de versões, optaram por aquela que lhes parecia correta diante da prova coligida aos autos. A decisão dos jurados, proferida nesse contexto, encontra respaldo na soberania dos veredictos positivada no art. 5.º, XXXVII, “c”, da Constituição Federal, não podendo ser desconstituída na via recursal. Apenas nos casos em que o veredicto dos jurados for completamente dissociado do conteúdo do processo é que a decisão estará sujeita à cassação, conforme entendimento jurisprudencial firmado por este Tribunal e Cortes Superiores.

Examinadas as provas produzidas no processo, observa-se que consta embasamento para a decisão adotada pelo Conselho de Sentença. Se não, vejamos.

Os jurados entenderam que o apelante foi autor dos crimes perpetrados e decidiram não absolver o acusado (fl. 1.045-1.054).

Em plenário, o acusado negou ter sido o autor dos delitos. Sustentou que não estava no local do crime, mas, sim, na sua casa ou na de seu primo. Disse que foi torturado para admitir o cometimento dos fatos. Afirmou que próximo aos fatos sofreu uma queda de bicicleta, lesionando-se (CD de fl. 1.028).

A versão apresentada pelo réu perante os jurados encontra-se isolada nos autos. Não se arrolou testemunha para comprovar seu alibi.

Por outro lado, o delegado de polícia que conduziu as investigações, Atilio Guaspari Filho, relatou, em juízo, que o acusado confessou na delegacia ter sido o autor dos fatos. Narrou que foi intimá-lo para prestar declarações e percebeu que ele estava nervoso. Disse que nessa oportunidade a irmã dele começou a chorar e contar que Rogério teve participação nos homicídios. No decorrer das investigações, mencionou que a versão contada por Rogério em sua confissão foi corroborada pelos menores corrompidos em seus procedimentos judiciais, assim como pelo depoimento da irmã dele. Declarou que o acusado Rogério manteve sua versão na reconstituição dos fatos e que foram realizadas acareações para esclarecer alguns pontos secundários dos crimes, mas que não havia divergência em relação à participação dos acusados (CD de fl. 1.028).

O policial civil Gabriel Edwart Palma reforçou o depoimento do delegado (CD de fl. 1.028).

A reconstituição dos fatos foi realizada com base nas declarações prestadas pelo acusado Rogério, bem como dos menores corrompidos, I. P. da R., J. D. dos S. e S. L. de O., os quais estavam acompanhados por suas genitoras (fls. 134-144). Com base nesse documento é possível per-

ceber que Rogério teve participação ativa nos delitos perpetrados contra das vítimas V. H. P. de S. e G. V. dos S. de S.

Embora tenha alegado que foi coagido por policiais a dar a mesma versão dos menores na reconstituição dos fatos, o acusado não apresentou provas para comprovar seu alibi.

Na fase extrajudicial, Rogério confessou a prática delitiva, corroborando a narrativa das testemunhas acima relatadas (fls. 63-65 – *ipsis litteris*):

Que foi funcionário da vítima e dispensado do serviço que prestava a um mês antes do natal de 2011; Que na obra o declarante trabalhava como servente de pedreiro de segunda a sexta; Que toda sexta feira a vítima efetuava os pagamentos da semana; Que a vítima pagava em dinheiro R\$ 250,00 pela semana trabalhada; Que foi dispensado do serviços pela vítima porque dormia de mais e chegava atrasado; Que pelo fato do depoente residir na mesma rua em que a vítima, todos os dias às seis horas da manha se encontrava com ela em frente a sua casa para irem trabalhar na obra do galpão do bairro Bela Vista em Palhoça; Que esclarece que desde a sua dispensa até o dia de hoje esta desempregado; Que conhecia os filhos da vítima e inclusive as vezes brincava com as crianças na época em que prestava serviço no galpão; Que os filhos da vítima tinham intimidade com o depoente e inclusive chamavam o depoente para brincar no intervalo do meio dia; Que após ser dispensado pela vítima o depoente não foi atrás da vítima para pode voltar a trabalha com ela, pois o serviço era pesado e o depoente é preguiçoso; Que a vítima ligava todos os dias para o restaurante para pedir o almoço para o depoente; Que na época em que trabalhava com a vítima alem do declarante trabalhava também um outro servente de pedreiro chamado de Nelson o qual também reside na mesma rua do depoente e da vítima; Que Nelson de segunda a quinta feira ia de carona com a vítima e o depoente e sexta feira o Nelson ia com o seu próprio carro; Que como o depoente reside na rua da vítima e na época ainda trabalhava com ela esclarece que um determinado dia a pessoa conhecida pelo apelido de LALAU entrou em discussão com a vítima em virtude de uma câmara de vídeo que Gelson havia instalado de frente a sua casa, esclarece que a câmara era utilizada no salão de beleza da esposa da vítima para sua segurança do local e para ver os cliente que chegavam no salão de beleza; Que LALAU na discussão falou que essa tua câmara ai esta filman-

do os meus soldados e ta me kaguetando; Que os guris que trabalham na comercialização de drogas para o LALAU arrancaram a câmera a pedido do LALAU; Que um dia após a retirada da câmera pelos “soldados” do LALAU o depoente encontrava-se na casa da irmã da vítima, onde juntamente com Gelson estavam colocando piso quando o LALAU passou na rua e fez um sinal com a suas mãos em direção a vítima simulando uma arma de fogo e posteriormente utilizando as mãos fez sinal como se estivesse pilotando uma motocicleta, fato este que foi presenciado pelo depoente; Que um tempo depois o Nelson parou de trabalhar para a vítima; Que o depoente tomou conhecimento que a vítima havia contratado um guri novo o qual residia na cidade de Palhoça, informando que não sabe o seu nome e nem o conheceu; Que no dia da morte de Gelson o depoente viu o LALAU passando a pé pela rua e ao ver a situação começou a dar gargalhadas; Com relação ao crime, o Interrogando confessa ter participado da morte de Gelson e dos filhos; Que um indivíduo conhecido por “Lalau”, que mora na mesma rua do Interrogando, rua Vitoria Regia, que mandou matar o Gelson pelo motivos expostos acima, quais sejam, a instalação de uma camera na residência de Gelson, que poderia comprometer os negócios de “Lalau”, Que “Lalau” prometeu dar ao Interrogando R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) para ele matar o Gelson; Que se o interrogado nao aceitasse a proposta do LALAU quem iria morer era o interrogado; Que LALAU falou ainda pra nao deixar nenhuma pista e que era inclusive para matar as duas crianças também; Que sexta feira LALAU combinou com o interrogado e acabaram indo com o carro de LALAU e encontraram com Juliano para mostrar a ele o local de trabalho de Gelson; Que LALAU prometeu a Juliano a quantia de R\$ 350,00 para que este fosse até o galpão pedir emprego a Gelson; Que esclarece que Juliano mora próximo do Galpão onde ocorreu o crime e deveria no dia do crime e ficar no lado de fora do galpão de vigia para garantir que o crime ocorresse no interior do galpão; Que por volta de 10 horas da manha de segunda feira chegou ao local juntamente com outro indivíduos no carro vermelho de propriedade de LALAU; Que estavam no carro o interrogado, Geferson que era o motorista, Mael, Cheto; Que chegando ao local a porta do galpão estava aberta e o Juliano já estava lá dentro trabalhando para o Gelson; Que entraram no galpão e fecharam a porta; Que subiu para o segundo andar o Interrogando, o Jeferson e o “Mael”, ficando o “Cheto” e o Juliano segurando as crianças no primeiro andar; Que o Interrogando, o Jeferson e o “Mael” mataram o Gelson, utilizando-se de um pé de cabra; Que após matar o Gelson o Inter-

rogando e o Juliano mataram as crianças, utilizando os pés de cabra; Que o Interrogando e o Juliano mataram as crianças, utilizando os pés de cabra; Que o Interrogando matou o Jean e o Juliano matou o Vitor; Que mataram as crianças porque não queriam ser descobertos pela morte de Gelson; Que após saíram do local e foram embora.

Em entrevista à imprensa, Rogério admitiu ter participado dos crimes (CD de fl. 302).

Ora, tendo em vista essas provas trazidas ao caderno processual, não há como se considerar ter sido o veredicto dos jurados contrário à prova dos autos, uma vez que, por estar centrada nos elementos de autoria acima relatados, a condenação de Rogério possui supedâneo em versão contida nos autos.

Por tudo isso, impõe-se a manutenção do veredicto exarado pelo Conselho de Sentença.

4. Em seus recursos, Everaldo e Jeferson requereram o afastamento da valoração negativa da conduta social, dos antecedentes criminais e da personalidade. Pleitearam, também, a redução das circunstâncias do delito em relação ao crime de corrupção de menores, alegando haver prova da menoridade de somente um dos adolescentes. Jeferson, outrossim, pugnou que a atenuante da menoridade seja valorada no mesmo patamar das agravantes ou que estas sejam reduzidas ao *quantum* daquela.

Rogério, por sua vez, insurgiu-se contra a ponderação das circunstâncias dos delitos de homicídios, aduzindo ser exacerbada. Quanto à conduta social, sustentou a inidoneidade da fundamentação. Em relação à segunda etapa da dosimetria, requestou a preponderância da atenuante da menoridade sobre as agravantes.

4.1. No pertinente aos antecedentes criminais de Everaldo, tem-se que, para fins de caracterização da reincidência, o Código Penal instituiu a *prescrição quinquenal* (CP, art. 64, I); em relação aos antecedentes cri-

minais, todavia, nada dispôs, permitindo considerá-los como maus em razão de qualquer condenação transitada em julgado por fato anterior, independentemente do tempo transcorrido.

Contudo, como bem observado por José Antonio Paganella Boschi, “carece de sentido que o decurso do tempo produza o *desaparecimento* da reincidência e não tenha a mesma força para fazer desaparecer os efeitos da causa legal de menor expressão jurídica, qual seja, a dos antecedentes” (*Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 168).

Tendo em conta esse “enfraquecimento” dos antecedentes criminais, há algum tempo vem ganhando corpo na doutrina e na jurisprudência a ideia de que, à exceção dos registros penais capazes de gerar reincidência, as condenações anteriores com trânsito em julgado não podem ser utilizadas para agravar a pena do réu.

A questão, aliás, foi aventada no Recurso Extraordinário n. 593.818/SC, em que se conheceu a existência de repercussão geral, e aguarda julgamento pela Corte Suprema.

Para os defensores de tal pensamento, o indivíduo não pode sofrer indefinidamente as consequências dos atos que praticou no passado e pelos quais já foi regularmente apenado. Tal proceder implicaria em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e faria cair por terra o caráter ressocializador da pena, encerrando, ainda, resquícios do *direito penal do autor*, o qual não mais se coaduna com a ordem constitucional vigente.

Nessa linha, destaca-se excerto do voto exarado pelo Min. Dias Toffoli no *Habeas Corpus* n. 119.200, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 11.2.2014:

[...] eventuais deslizes na vida pregressa do sentenciado que não tenha, há mais de cinco anos, contados da extinção de pena anterior que lhe tenha sido imposta, voltado a delinquir, não podem mais ser validamente sopesados

como circunstâncias judiciais desfavoráveis (CP, art. 59), sob pena de perpetuação de efeitos que a lei não prevê e que não se coadunam com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e do caráter socializador da reprimenda penal.

Em que pese tal argumentação e a relevância dos princípios que a embasam, entendo que a valoração dos antecedentes criminais para fins de aplicação da pena também deriva de um princípio constitucional em matéria penal, qual seja, o da individualização da pena.

Não se olvide que o princípio da individualização da pena “é essencial para garantir a justa fixação da sanção penal, evitando-se a intolerável padronização e o desgaste da uniformização dos seres humanos, como se todos fossem iguais uns aos outros, em atitudes e vivências” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e enfoques processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p 159).

Embora os homens sejam iguais perante a lei, os contornos particulares de cada um são aspectos que não podem ser olvidados pelo juiz no momento de quantificação da reprimenda, pois ao conciliar extremos (igualdade e desigualdade), o direito penal reafirma a sua legitimidade, evitando a padronização de sentenças e preservando o sentido de equidade nas diferenças e aos diferentes (BOSCHI, José Antonio Paganella. *op cit.* p. 168).

E entre essas particularidades estão os antecedentes criminais, afinal, não seria justo que dois indivíduos que respondessem pela prática de uma mesma conduta, tendo um uma condenação pretérita enquanto o outro nada apresentasse, recebessem a mesma pena.

No entanto, ainda que em ocasiões anteriores tenha admitido a consideração dos registros criminais para fins de valoração dos antecedentes, independentemente do lapso temporal, refleti melhor sobre a questão, concluindo que os efeitos dos antecedentes criminais também devem ser limitados no tempo, a exemplo do que ocorre com a reincidência, a qual, aliás, não deixa de ser uma espécie de antecedente.

Assim, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, entendo que aquelas condenações que não se prestem à configuração da reincidência devem conservar seus efeitos para fins de maus antecedentes por mais cinco anos a contar da prescrição quinquenal prevista no art. 64, I, do Código Penal.

Com base nisso e levando em conta a existência de informação apenas do trânsito em julgado da condenação imposta a Everaldo da Rosa Nunes, ocorrida em 20.12.1999 (fl. 193), ela não poderá servir para caracterizar antecedente criminal, uma vez que decorreu mais de 10 anos entre a condenação definitiva e a prática do novo fato delituoso (9.1.2012).

Logo, deve-se adequar as penas-bases dos crimes, afastando-se os aumentos aplicados na sentença.

4.2. A magistrada considerou desfavorável aos recorrentes a conduta social. Em relação a Everaldo, consignou (fls. 1.055-1.056 – *ipsis litteris*):

Conduta social: demonstra-se totalmente voltada à delinquência. A maioria da prova produzida nos autos dá conta que “Lalau” é conhecido traficante do bairro Morar Bem, em São José, onde comanda metade do bairro, angariando, inclusive, adolescentes para executar a narcotraficância, envolvendo-se, também, em outros ilícitos como posse de bens de origem ilícita, como carros roubados; é pessoa temida no bairro.

Para Jeferson, ponderou que os elementos carregados aos autos demonstram que também é voltado à prática de crimes, auxiliando Everaldo, seu tio, na narcotraficância, além de, desde a adolescência, estar envolvido no tráfico e uso de drogas e na posse de arma de fogo (fl. 1.059).

Tangente a Rogério, disse (fl. 1.062 – *ipsis litteris*):

Conduta social: demonstra-se totalmente deturpada e voltada à delinquência, isso porque Rogério faz uso nocivo de drogas, o que lhe prejudica no trabalho, tendo em vista que por conta disso deixa de exercer atividade lícitas, dedicando-se exclusivamente ao uso de drogas, chegando a aceitar praticar hediondos crimes em troca de algumas gramas de substâncias entorpecentes.

A conduta social deve ser avaliada pelo comportamento social do réu no seu ambiente familiar, de trabalho e de convívio social.

Com espedeque na prova contida no caderno processual, é possível perceber que os acusados apresentam má conduta social. As testemunhas relatam que Everaldo é um dos responsáveis pelo tráfico no bairro, sendo pessoa temida.

Segundo noticiado, Jeferson e Rogério auxiliavam Everaldo na narco-traficância.

Embora o fato de o réu ser usuário de drogas, por si só, não configure fundamento idôneo para o aumento da pena-base tangente à conduta social, diante da nova política criminal antidrogas trazida pela Lei n. 11.343/06, no caso concreto, tendo em vista a aceitação por parte de Rogério em praticar atos hediondos, inclusive contra seu antigo empregador – pessoa a qual se referiu como exemplar – e crianças, por alguns gramas de entorpecente, demonstra não ter bom comportamento social.

Por essas razões, deve ser mantida a valoração negativa da conduta social dos acusados, autorizando a fixação da sanção basilar acima do mínimo legal.

4.3. Em relação à personalidade, conquanto a sentenciante tenha enumerado alguns fatores que poderiam demonstrar deturpação do caráter de Everaldo, deixou de ponderá-la no momento da fixação da pena-base, tanto é que, ao contrário das demais circunstâncias judiciais negativas, não consignou qual o patamar que seria computado na reprimenda basilar.

Assim, inexistente razão a Everaldo em requerer o afastamento do aumento aplicado à personalidade.

4.4. Sustentam Everaldo e Jeferson que deve ser reduzida a pena referente ao crime de corrupção de menores por haver prova da menoridade de apenas um adolescente.

Ocorre que, ao contrário do sustentado, há elementos suficientes a demonstrar a menoridade dos adolescentes corrompidos, seja pelos

documentos de fls. 57, 59-60 e 67, pelos depoimentos contidos no CD de fl. 552 ou pela sentença de fls. 553-561, relativa ao procedimento de apuração de atos infracionais.

Logo, deve ser mantida a valoração negativa das circunstâncias do crime de corrupção de menores, inclusive no patamar impingido.

4.5. Rogério aduziu que o aumento dado pelas circunstâncias judiciais, notadamente quanto aos delitos de homicídio, foi exacerbado, tendo a pena-base sido fixada muito acima do mínimo legal, correspondendo a exasperação de metade.

Analisando a dosimetria levada a efeito, constata-se que foram ponderadas três circunstâncias judiciais para a fixação da reprimenda na primeira fase, a saber: a culpabilidade, a conduta social e as consequências dos crimes. Segundo estabeleceu a magistrada, a pena mínima dos delitos foram aumentadas em 1/6 por cada circunstância negativa.

O patamar aplicado não se mostra exacerbado e é admitido como justo pela doutrina e jurisprudência pátria. Nesse sentido, STJ, *Habeas Corpus* n. 216.552/MS, rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 17.10.2013; TJSC, Apelação Criminal n. 2014.028239-9, de Joinville, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. em 23.9.2014; TJSC, Apelação Criminal n. 2013.075891-2, de Criciúma, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. em 26.8.2014.

4.6. Os réus Jeferson e Rogério postularam a equivalência da atenuante com as agravantes. Para isso, requereram ou a minoração do *quantum* de aumento aplicado às agravantes ou a majoração do referente à redução pela atenuante.

O que se evidencia, na hipótese vertente, é que as penas foram exasperadas no patamar de 1/6 por cada circunstância agravante e reduzidas em 1/12 pela atenuante da menoridade relativa, reconhecida para ambos.

De fato, por não haver fundamentação idônea a respeito, verifica-se existir injustiça na ponderação diversa da atenuante em relação às agravantes.

Nos termos do art. 67 do Código Penal, a menoridade relativa é circunstância preponderante, de modo que a diminuição pela sua incidência deve ser igual ao aumento pelos motivos determinantes do crime – no caso, torpe –, também preponderante.

Assim, a atenuante da menoridade relativa deve ser sopesada no patamar de 1/6 na aplicação das reprimendas.

4.7. Com as adequações acima referidas, a pena de Everaldo da Rosa Nunes fica estabelecida, no total, em 73 anos e 6 meses de reclusão; a de Jeferson Nunes em 61 anos e 4 meses de reclusão; e a de Rogério em 68 anos e 4 meses de reclusão e 10 dias-multa.

5. O acusado Rogério requereu, ainda, a fixação de honorários advocatícios ao seu defensor nomeado para apresentar as razões do recurso.

Verifica-se que o causídico foi nomeado exclusivamente para a apresentação das razões de apelação (fl. 1.116), tendo cumprido com a incumbência (fls. 1.120-1.129), mas não se estabeleceu qualquer remuneração pelo trabalho desenvolvido.

Assim, faz jus ao arbitramento de honorários advocatícios.

De acordo com a orientação da Seção Criminal desta Corte de Justiça, ressaltada no voto do Exmo. Des. Sérgio Rizelo, no acórdão n. 2012.074506-0, como no momento da nomeação (4.12.2013 – fl. 1.116) já não mais vigorava a Lei Complementar estadual n. 155/97, mas tomando-a como parâmetro, a remuneração deve ser fixada em R\$ 495,00, com base na aplicação, por analogia, do art. 20, § 4.º, do Código de Processo Civil. Esse valor deve ser corrigido a partir da presente fixação.

6. À vista do exposto, deve-se conhecer dos recursos e dar parcial provimento ao recurso de Everaldo da Rosa Nunes e Jeferson Nunes

para reduzir as suas reprimendas para, respectivamente, 73 anos e 6 meses de reclusão e 61 anos e 4 meses de reclusão; e dar parcial provimento ao recurso de Rogério Vas da Silva para reduzir sua pena para 68 anos e 4 meses de reclusão e 10 dias-multa e para fixar honorários advocatícios no valor de R\$ 495,00 ao defensor nomeado.

É como voto.

Apelação Criminal n. 2014.029844-0, de Abelardo Luz

Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CÓDIGO PENAL, ART. 217-A. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA.

RECURSO MINISTERIAL BUSCANDO A CONDENAÇÃO. INVIALIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DO CASO CONCRETO. OFENSIVIDADE DA CONDUTA. JUÍZO DE VALORAÇÃO DA AÇÃO. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

Havendo provas da existência de relação afetiva duradoura entre a vítima e o acusado, denotando-se clara harmonia no relacionamento entre eles, a tipicidade da conduta deve ceder espaço ao princípio da adequação social.

Isso porque, embora formalmente típica, a conjunção carnal com menor de 14 anos pode, em circunstâncias muito excepcionais, encerrar uma conduta tolerável no meio social em que ocorre, não necessitando da intervenção punitiva do Estado.

Em um contexto como esse, impõe-se o afastamento da tipicidade material em razão do juízo de valoração da ação.

RECURSO NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2014.029844-0, da comarca de Abelardo Luz (Vara Única), em que é apelante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e é apelado C. F.:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso ministerial. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 23 de outubro de 2014, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Rodrigo Collaço e Newton Varella 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, 28 de novembro de 2014.

Roberto Lucas Pacheco
RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Abelardo Luz, o Ministério Público ofereceu denúncia contra C. F., imputando-lhe a prática da conduta descrita no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, pelos fatos assim narrados na peça acusatória (fls. II-III – *ipsis litteris*):

No primeiro semestre de 2011, na rua São João Maria, nesta cidade e comarca, C. F., manteve conjunção carnal com a vítima A. G. M., de apenas 13 anos de idade.

Segundo se apurou, C. F. namora a adolescente há aproximadamente dez meses e praticou os atos sexuais no interior da sua própria residência, quando a menor deveria estar na escola.

Concluída a instrução, o juiz *a quo* julgou improcedentes os pedidos contidos na denúncia e absolveu o réu, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal (fls. 78-83).

Não resignado, o órgão ministerial interpôs apelação, pugnando pela condenação do acusado nas sanções impostas pelo art. 217-A do Código Penal, por entender suficientes as provas carreadas aos autos, bem como, por considerar como absoluta a presunção de vulnerabilidade da vítima, na data dos fatos, menor de quatorze anos de idade (fls. 88-95).

Nas suas contrarrazões, o apelado pugnou pela manutenção da sentença de primeiro grau (98-103).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes, que opinou pelo não provimento do recurso manejado (fls. 108-114).

É o relatório.

VOTO

1. Insurge-se o Ministério Público contra a absolvição do réu C. F., ao argumento de que as provas existentes nos autos são suficientes à condenação.

Das provas carreadas, tem-se que a prática de relação sexual entre o acusado e a vítima é inegável. Se não, vejamos.

Os fatos vieram à tona por ocasião do boletim de ocorrência (fls. 3-9), registrado pelo pai da vítima e foram confirmados, ainda na fase inquisitorial, pelos relatos dela e de seus genitores, bem ainda pela confissão do acusado.

Das declarações levadas a efeito pela vítima, tanto na fase policial, quanto em juízo, destaca-se: tinha treze anos de idade quando conheceu C. F. e passaram a namorar escondidos, pois seu pai nunca aceitou o namoro, por entender que ela era muito jovem para se relacionar com alguém; começou a matar muita aula para se encontrar com C. F., o que motivou seu pai a segui-la até que um dia descobriu tudo e fez a denúncia; namorou C. F. por cerca de oito meses e durante esse tempo mantiveram relações sexuais; tinha 13 anos à época do início do namoro e completou quatorze um mês após o término do relacionamento; mantinham relações sexuais uma ou duas vezes por semana; nunca foi forçada a manter relações sexuais com C. F. e o fez de livre e espontânea vontade; conheceu C. F. porque ele havia namorado sua prima; após o término do namoro dele com sua prima começaram a conversar e algum tempo

depois ele lhe pediu para ficarem juntos; “ficaram” e cerca de um mês depois C. F. a pediu em namoro; as relações sexuais somente começaram a ocorrer quando eles estavam de fato namorando, sendo que as relações sexuais sempre ocorreram de forma natural e consentida, não tendo o réu em nenhum momento “forçado a barra”; C. F. foi seu primeiro namorado, mas já tinha ficado com cerca de três meninos antes dele; perdeu sua virgindade com C. F., mas já tinha orientação sobre sexualidade, fornecidas na escola; sabia que C. F. tinha 22 anos de idade na época em que namoravam; na época ela ainda tinha corpo de menina e era bem gordinha; em decorrência da denúncia o namoro terminou e os dois se falaram outras vezes, mas nunca mais se encontraram e nem retomaram o namoro (fls. 3 e CD-R fl. 66).

No depoimento prestado pelos genitores da vítima, ambos afirmaram que procuraram o acusado, pedindo que se afastasse de sua filha, visto que ela era muito jovem para namorar. Disseram ainda que: C. F. prometeu se afastar, porém não o fez; A. G. M. foi seduzida por C. F. e, em razão do namoro, ela estava faltando a escola para se encontrarem às escondidas; a vítima teria dito a eles que manteve relações sexuais com o acusado, por diversas vezes, o que veio a ser comprovado por meio do laudo pericial de fl. 11 (CD-R fl. 66).

O acusado, embora ouvido apenas na etapa extrajudicial, afirmou: ele e A. M. G. namoraram escondido por cerca de oito meses pois os pais dela não permitiam o relacionamento; começou a namorar A. G. M. quando ela ainda tinha treze anos; os dois se encontravam no horário da aula de A. M. G., durante o período de folga do trabalho dele; algumas vezes A. G. M. ficava sozinha em casa, pois seus pais estavam no trabalho, então iam para a casa dela; eles mantiveram relações sexuais por várias vezes e sempre fizeram o uso de preservativos, visto que A. G. M. não tomava anticoncepcional; a primeira relação sexual de A. G. M. não foi com ele, e ela tinha perdido a virgindade com onze anos de idade; o

pai de A. G. M. o procurou uma ou duas vezes pedindo para que eles se afastassem; tanto ele quanto A. G. M. não queriam terminar o namoro, então continuavam a se encontrar escondidos; não sabe o motivo pelo qual os pais de A. G. M. não queriam o namoro dos dois; um dia, por volta das 13h, ele e A. G. M. estavam na frente da Escola Anacleto, juntamente com um primo e uma tia de A. G. M., quando os pais dela chegaram, pegaram-na pelo braço e a colocaram no carro, levando-a para a escola; depois desse fato, não mais se encontraram, apenas conversaram pelo celular; tinha conhecimento de que manter relações sexuais com menor de quatorze anos era crime (fls. 15-15v).

Em que pese a prova concreta da ocorrência de relações sexuais entre o acusado e a vítima, as circunstâncias do caso concreto demonstram que a absolvição foi acertada, ainda que por fundamento diverso.

O art. 217-A do Código Penal – conduta típica imputada ao apelado – prevê que pratica crime de estupro de vulnerável aquele que manter “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”.

Sob esta ótica, a conduta atribuída ao apelado é formalmente típica pois, 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).

Há de se considerar, contudo, que a tipicidade penal não se limita a esse aspecto meramente formal; demanda também a “adequação mate-

rial” da conduta típica. A despeito das diversas teorias desenvolvidas nas últimas décadas ao redor do tema – *v.g.*, tipicidade conglobante, tipicidade material, imputação objetiva –, penso que, em aspectos práticos, a questão resolve-se, em apertada síntese, no criterioso respeito ao princípio da adequação social. Acerca do tema, leciona Guilherme de Souza Nucci:

Inexiste razão para a intervenção do Direito Penal, quando se está diante de conduta socialmente adequada, vale dizer, amoldada aos preceitos gerais de Direito e, em particular, harmonizada com a realidade social da atualidade. Outra vez, anote-se a missão pacificadora do Estado, em matéria penal, sem interferir em demasia nos conflitos sociais e, muito menos, intervindo em situações onde sua presença é simplesmente ignorada ou desprezada pelos protagonistas.

Da mesma forma que se exige a abnegação estatal quanto aos crimes de bagatela, não se pode deixar de ressaltar igual medida de renúncia em relação às condutas ajustadas à realidade social.

Exatamente do mesmo modo em que se defende a moderna aplicação do Direito Penal, no que se refere à valoração particularizada dos bens jurídicos, a ponto de acolher a carência típica ao detectar infração penal ínfima, deve-se sustentar a indiferença do Estado penal-punitivo ao constatar condutas que, formalmente, amoldam-se ao tipo incriminador, porém, na essência, deles se afastam, pois preservados estão os bens jurídicos visados. (*Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 184).

Como se pode notar dos elementos de prova carregados aos autos, houve entre vítima e réu o estabelecimento de uma relação afetiva estável, denotando-se clara harmonia no relacionamento entre eles que só teve fim por oposição dos pais da adolescente. Desse modo, não se demonstra razoável e proporcional a intervenção do Estado no caso concreto visto que, a não ser pela discordância dos genitores de A. G. M., o namoro entre dois jovens (e, as consequentes relações sexuais) é socialmente aceitável, razão pela qual a tipicidade formal cede espaço ao princípio da adequação social, de forma a afastar a tipicidade material da conduta.

Assim, não vislumbro qualquer ofensividade e reprovabilidade na sua conduta, qualquer periculosidade social da ação ou qualquer lesão ao bem juridicamente protegido pelo art. 217-A do Código Penal.

3 À vista do exposto, deve-se negar provimento ao recurso ministerial, mantendo-se a absolvição levada a efeito no primeiro grau de jurisdição.

É como voto.

PRIMEIRO GRAU

SENTENÇAS

Autos n. 031.13.001343-0

Comarca: Indaial

2ª Vara Cível

Ação Ordinária

Autor: Minerocha Catarinense Ltda.

Réu: Município de Indaial

Minerocha Catarinense Ltda. ajuizou demanda em face do Município de Indaial, com pedido de liminar, objetivando seja determinada a tramitação do pedido de viabilidade para sua instalação e funcionamento na região do Ribeirão Encano, sem considerar a vedação constante nos arts. 13 e 14 da Lei Municipal 1.958/1990.

Quanto aos fatos, a acionante alegou que pretende exercer as atividades de extração e de beneficiamento de agregados minerais (brita, areia industrial etc) no imóvel localizado na Rua Lorenz, nº 5825, no Bairro Encano, em Indaial (SC). Para tanto, já obteve a autorização de pesquisa e de lavra perante o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) e também as licenças ambiental prévia, de instalação de usina e prévia de mina perante a Fundação de Meio Ambiente de Santa Catarina (FATMA). Disse que, confiante na viabilidade de seu empreendimento, fez diversos investimentos financeiros para respectiva implementação. Porém, apesar da viabilidade ambiental de sua atividade, demonstrada no estudo técnico apresentado ao ente ambiental estadual, o requerido lhe negou os alvarás de viabilidade de instalação e funcionamento, por força da proibição expressa nos arts. 13 e 14 da LM 1.958/1990.

No aspecto jurídico, a acionante sustenta que a negativa está lastreada em preceitos inconstitucionais no aspecto formal, pois o acionado não poderia contrariar a legislação federal no tocante à preservação dos recursos hídricos, bem como na esfera material, porquanto viola os princípios da proporcionalidade, do desenvolvimento sustentável (arts. 3º, 170, VI, e 225 da CRFB), da livre iniciativa econômica (arts. 1º, IV, e 170 da CRFB) e da igualdade perante outras modalidades empresariais (art. 5º da CRFB). De acordo com sua ótica, a atividade de mineração, embora possa causar algum abalo ao meio ambiente, somente pode ser realizada em determinados locais, onde presentes os minerais relevantes ao desenvolvimento econômico da região e do país, razão pela qual não é razoável (ou proporcional) vedar a sua realização justamente nas poucas localidades onde é possível a instalação das minas e usinas, somente sendo exigível a observância de critérios ecológicos de funcionamento, sob pena de se inviabilizar o desenvolvimento sustentável. Ademais, diz ser inadequado se condicionar a autorização de instalação de indústria ao voto popular, mediante plebiscito, haja vista que a multiplicação de tal condicionamento poderia acarretar a inviabilidade da modalidade empresarial em tela e, assim, impedir o desenvolvimento das atividades dependentes, a exemplo da construção civil, da produção de energia elétrica etc.

Foram juntados diversos blocos de documentos para demonstrar a situação fática antes narrada.

O Juiz de Direito que me antecedeu no feito recebeu a petição inicial e indeferiu o pedido de concessão de tutela mediante técnica sumária (fls. 541-543). Foi interposto agravo na forma instrumental em face de tal deliberação, a qual foi mantida pela instância superior (fls. 848-854).

O requerido, em contestação, arguiu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, em face da vedação expressa constante da legislação local e também em razão da discricionariedade administrativa quanto à análise de viabilidade de instalação e funcionamento. No mérito, refu-

tou os argumentos de incompatibilidade vertical dos preceitos legais vergastados com a Carta da República, pois foram editados de acordo com a competência legislativa para dispor sobre assuntos de interesse local (arts. 23, III, VI, VII e XI, 30, I e II, e 225, § 1º, III, da CRFB e art. 70, III, da Lei 12.651/2012). Defendeu também a constitucionalidade material dos dispositivos, conforme a sua ótica sobre a ponderação entre os mesmos princípios constitucionais invocados pela demandante, no sentido da prevalência da tutela ambiental. Refutou, ainda, os demais argumentos laterais deduzidos na exordial.

Trouxe documentação adicional aos autos, inclusive noticiando a existência de movimento popular pela manutenção da restrição prevista na legislação municipal.

A acionante apresentou réplica, alegando que nem todos seus argumentos foram impugnados especificamente e, ainda, rebatendo as teses defensivas expostas pela municipalidade.

O Ministério Público se manifestou pela improcedência da postulação deduzida na exordial, enfatizando a competência legislativa municipal para ampliar a proteção ambiental e, também, a prevalência da tutela do meio ambiente em face do progresso econômico. Apresentou documentação demonstrando o interesse da população na preservação ambiental do local onde a autora pretende se instalar.

A requerente peticionou novamente nos autos, requerendo o julgamento antecipado da lide e apresentando novo esforço de convencimento quanto às teses deduzidas na petição inicial.

Após o regular trâmite, os autos vieram conclusos.

Julgo a demanda antecipadamente, com lastro no art. 330, I, do CPC, haja vista que o feito se encontra devidamente instruído, contendo

substrato probatório suficiente para a formação do convencimento do juízo acerca da matéria.

Notadamente, a controvérsia pode ser equacionada lididamente mediante a análise do substrato documental coligido aos autos, de acordo com a legislação vigente e sem olvidar do debate intelectual deduzido nas peças processuais apresentadas pelas partes. Trata-se de tema preponderantemente de direito, que dispensa a produção de prova oral em audiência ou mesmo a realização de exame pericial, de modo a justificar o imediato ingresso no mérito da causa.

Quanto ao preceito legal invocado, Nelson Nery Junior leciona que “o dispositivo sob análise autoriza o juiz a julgar o mérito de forma antecipada, quando a matéria foi unicamente de direito, ou seja, quando não houver necessidade de fazer-se prova em audiência. Mesmo quando a matéria objeto da causa for de fato, o julgamento antecipado é permitido se o fato for daqueles que não precisam ser provados em audiência, como, por exemplo, os notórios, os incontroversos etc” (*In* Código de Processo Civil Comentado. 10 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 600).

A preliminar de impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI, do CPC) está calcada em dois argumentos centrais, consistentes, primeiro, na existência de vedação legal expressa à pretensão da autora (arts. 13 e 14 da LM 1.958/1990), e, segundo, na impossibilidade de análise jurisdicional do ato administrativo de concessão de licença para instalação e funcionamento.

Ambas as teses merecem ser rejeitadas, de modo a viabilizar o ingresso na análise do mérito da demanda.

Sem embargo, no tocante ao primeiro argumento, cabe destacar que a existência de vedação legal à pretensão autoral não é óbice à veiculação do pedido em juízo quando a própria proibição é atacada com o argumento de inconstitucionalidade. Nestes casos, é viável o ingresso no mérito, o qual versará, inicialmente, sobre a análise da questão referente à

compatibilidade vertical do preceito legal proibitivo com a Constituição da República ou do Estado, mediante exame difuso (*incidenter tantum*).

E, no tocante à segunda tese, cabe salientar que a jurisdição tem a atribuição de analisar a adequação e a correção do ato administrativo que denegou a licença de instalação e funcionamento da autora no local pretendido, tendo como parâmetro o Ordenamento Jurídico orbital, ainda que para tanto seja necessário o debate lastrado em argumentação de fundo político.

Isto porque, a uma, o ato administrativo mediante o qual o Poder Público analisa a viabilidade de instalação e funcionamento de sociedade empresária, em certa localidade e para finalidade específica, tem a natureza jurídica de licença, ou seja, é vinculado ao Ordenamento Jurídico, inexistindo sequer espaço para o exercício de discricionariedade, consoante interpretação do art. 170, parágrafo único, da CRFB.

Notadamente, tal dispositivo constitucional estabelece que é livre o exercício da atividade econômica, independentemente de autorização do Poder Público. Outrossim, a análise de viabilidade para instalação e funcionamento de atividade empresarial somente pode ter a natureza jurídica de licença, ou seja, de ato administrativo vinculado e meramente declaratório de direito, de modo que, atendidos os requisitos legais pertinentes, o Município deve concedê-la através de alvará, que é sua forma de manifestação exterior típica. Com efeito, a liberdade de empreender não está adstrita à discricionariedade do Poder Público, o qual apenas pode impedir o exercício de atividade empresarial acaso haja vedação legal ou ausente algum requisito previsto na legislação específica.

Logo, cabe ao Poder Judiciário analisar se o ato administrativo vinculado de licença foi devidamente expedido, mediante análise político-jurídica de seus motivos determinantes, de modo tornar insubsistente a proemial em tela.

E, a duas, a jurisdição é um dos poderes estatais e, nesta condição, tem a missão constitucional de contribuir para o debate político acerca da construção das Normas Jurídicas que regem os casos concretos, desde que em estrita consonância com o Sistema Jurídico orbital, notadamente a sua centrosfera constitucional. Consequentemente, é admissível que seja instaurada a discussão judicial quanto à motivação que serviu de base à prolação do ato administrativo questionado, ainda que mediante análise de critérios políticos, desde que respeitadas as áreas de atribuição de cada um dos poderes estatais, em atenção ao ditame da separação de poderes (*checks and balances*), previsto no art. 2º da CRFB.

Sobre o tema, já referi que “os integrantes do Poder Judiciário não são meros analistas técnicos de deliberações tomadas em Sociedade, mas sim agentes políticos encarregados da atribuição constitucional de conferir a legitimidade jurídica das condutas tomadas em Sociedade. Ou seja, não há como prevalecer o entendimento, almejado por alguns, de que ‘os julgamentos sejam técnicos e não políticos’, como se tem ouvido falar nos âmbitos acadêmico e forense brasileiros. Notadamente, os magistrados são membros de uma das funções estatais precípua e, nesta condição, seu mister consiste principalmente na reanálise das justificativas apresentadas para tomada de Decisões Jurídicas, de modo a evidenciar sua natureza eminentemente política, ainda que guiada por ditames técnicos inerentes à sua profissão. Logicamente que a atividade judicial não é política da mesma forma que as atribuições legislativa e executiva, notadamente ante a inaceitabilidade de vinculações partidárias, porém, isto não implica uma condição meramente burocrática, mormente em razão do aspecto criativo da produção normativa, que é sua função precípua” (Orlando Zanon Junior. *Teoria Complexa do Direito*. CEJUR: Florianópolis, 2013).

No mesmo sentido, Ronald Dworkin afirma que “o Direito, assim concebido [como um conceito interpretativo], é profunda e inteiramente político”, de modo que “juristas e juízes não podem evitar a política

no sentido amplo da teoria política”, entretanto, “o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda” (*In* Uma questão de princípio. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 217).

Outrossim, no caso concreto, de acordo com tais premissas, não se está invadindo a seara administrativa para deliberar sobre a conveniência e a oportunidade da negativa de instalação da autora na localidade pretendida, mas sim analisando a compatibilidade do motivo determinante invocado (justamente os arts. 13 e 14 da LM 1.958/1990) com a Constituição da República. Ou seja, trata-se da atividade judicial de controle contramajoritário de constitucionalidade, deferido de forma difusa à jurisdição.

Do exposto, de acordo com os dois conjuntos de argumentos acima expostos, rejeito tal tese defensiva indireta.

No **mérito**, cabe assinalar que o núcleo da discussão reside na análise de constitucionalidade dos arts. 13 e 14 da Lei Municipal 1.958/1990, que proíbem a fixação de indústrias na região do Ribeirão Encano e, assim, teriam servido de motivação determinante para o ato administrativo municipal que indeferiu a expedição de alvará de instalação e funcionamento em favor da requerente.

Os referidos preceitos legais têm a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 13 - Os mananciais que compõem as bacias hidrográficas dos Ribeirão Encano e Ribeirão Warnow ficam estabelecidos como patrimônio ecológico e hídrico, em função da grande pureza de suas águas, restringindo-se o emprego de técnicas, comercialização, produção, métodos e substâncias que comportem risco de vida, qualidade de vida e do meio ambiente.

Art. 14 - Nas áreas indicadas no artigo anterior fica proibida a instalação de novas Indústrias, mesmo que estas apresentem sistemas de tratamento de efluentes líquidos.

Parágrafo Único - Em havendo interesse e obedecidas as recomendações técnicas adequadas, as comunidades atingidas por este artigo, poderão, através de plebiscito patrocinado pelas partes interessadas e sob fiscalização das autoridades competentes, autorizar a instalação de novos projetos, com o aval do Setor do Meio Ambiente do Município.

Tais preceitos legais estão plenamente vigentes, ainda que ultrapassado o prazo previsto para elaboração de um novo Código Ambiental Municipal, conforme art. 114, II, 'b', da LCM 78/2007. Porém, a constitucionalidade deles foi questionada nos aspectos formal (competência e procedimento) e material (substância e efeitos).

No tocante à **inconstitucionalidade formal**, a autora sustenta que o Município ultrapassou sua competência legiferante ao editar os arts. 13 e 14 da LM 1.958/1990, pois vedou integralmente a instalação de qualquer indústria na bacia do Ribeirão Encano, ao passo que a legislação federal apenas estabelece a necessidade de se respeitar a distância mínima de 30 (trinta) metros das águas, conforme art. 4º, I, 'a', da Lei 12.651/2012 (Código Florestal).

A tese autoral não merece prosperar, haja vista que, primeiro, a legislação municipal pode dispor sobre a proteção ambiental de seus recursos locais específicos, ainda que para aumentar o espectro protetivo, desde que não conflite diretamente com a legislação federal, consoante interpretação do art. 30, II, da CRFB (competência legiferante suplementar); segundo, os preceitos legais invocados não tratam exclusivamente de proteção ambiental de determinada área, mas também estão intrinsecamente relacionados com a fixação dos locais pertinentes para instalação de determinadas modalidades empresariais, ao direcionar as indústrias para áreas afastadas das bacias hidrográficas da região, de acordo com a atribuição legiferante do art. 30, I, da CRFB (competência exclusiva na predominância de interesse local); e, terceiro, é admissível que qualquer

ente federativo estabeleça determinadas áreas, dentro do respectivo território, merecedoras de especial proteção ambiental, consoante regra de competência legiferante especialíssima do art. 225, § 1º, III, da CRFB.

Quanto ao primeiro ponto, cabe assinalar que os textos legais questionados não afrontam a legislação federal, pois confirmam a proteção mínima de 30 (trinta) metros dos fluxos de água e, ainda, ampliam tal margem protetiva, ao conferir especial limitação à atividade industrial em determinadas bacias consideradas relevantes para a localidade. Logo, não se trata de afronta à competência concorrente da União e dos Estados em matéria ambiental, mas sim de suplementação de tal disciplina legislativa pelos vereadores, de modo a atender peculiaridades locais. Outrossim, tratam-se de preceitos editados em estrita consonância com a competência legiferante suplementar do art. 30, II, da Carta Magna.

Sobre o tema, aliás, Luís Paulo Sirvinskas ensina que “não há dúvidas que a competência dos Municípios, em matéria ambiental, faz-se necessária, especialmente por se tratar de seu peculiar interesse, não podendo ficar à mercê das normas estaduais e federais. Registre-se ainda que os Municípios poderão até restringir as normas estaduais e federais, tornando-as mais protetivas” (Manual de Direito Ambiental. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 119).

No concernente ao segundo aspecto, importa assinalar que os dispositivos questionados não tratam apenas de suplementar a legislação ambiental federal, mas, simultaneamente e de forma imbricada, também dispõem sobre o zoneamento municipal, ao estabelecer que as atividades industriais não podem ser instaladas em determinadas áreas geográficas da municipalidade. Daí que, sob outro ponto de vista, a legislação *sub examen* trata de questão tipicamente regida pela legislação municipal, referente à fixação das zonas industriais (zoneamento urbano), ao estabelecer um limite para atividades potencialmente poluidoras de quaisquer

espécies (não apenas mineradoras) na proximidade das águas que podem ser usadas para abastecimento local e, ainda, servir de atrativo turístico, a depender de futuros investimentos. Logo, nesta perspectiva, os preceitos legais estariam em plena consonância com a competência legislativa exclusiva sobre temas de inegável predominância de interesse local, em conformidade com o art. 30, I, da Carta da República.

E, terceiro, há previsão específica no art. 225, § 1º, III, da CRFB incumbindo o Poder Público de “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”. Daí que, consciente da inegável importância dos recursos hídricos (notadamente a limitada quantidade de água potável no planeta), cabe ao Município a atribuição de estabelecer, por lei própria, a proteção especial da região do Ribeirão Encano.

Portanto, de acordo com tais fundamentos, rejeito a alegação de inconstitucionalidade formal (vício de competência ou procedimento) dos arts. 13 e 14 da Lei 1.958/1990.

Quanto à **inconstitucionalidade material**, a autora sustenta que a proibição expressa nos arts. 13 e 14 da Lei 1.958/1990 viola os princípios da proporcionalidade, do desenvolvimento sustentável (arts. 3º, 170, VI, e 225 da CRFB), da livre iniciativa econômica (arts. 1º, IV, e 170 da CRFB) e da igualdade perante outras modalidades empresariais (art. 5º da CRFB). Tece, ademais, vários argumentos laterais que confirmariam a sua tese, com enfoque nas consequências negativas para o desenvolvimento econômico da região e do país, acaso prevaleça tal modalidade de restrição à atividade empresarial, consoante já devidamente sintetizado no relatório acima escrito.

Como ponto de partida para discussão sobre o controle de constitucionalidade, importa que seja fixada a base paradigmática que servirá

de instrumental teórico para a análise do tema. Com efeito, é imprescindível que se indique o marco teórico de análise (local da fala), para fins de viabilizar uma escurreita dialética processual e se evitar que os fundamentos resultem em um conjuminado de argumentos desconexos, uma coletânea de proposições carentes de qualquer base científica ou mesmo uma mixagem de proposições teóricas incompatíveis entre si, que somente poderiam acabar em um resultado pobre de conteúdo. Outrossim, logo de início, deixo bem esclarecido que o Paradigma Científico adotado é a Teoria Complexa do Direito, que superou o Positivismo Jurídico sem retrocesso ao padrão Jurnaturalista anterior (cf. Orlando Luiz Zannon Junior. Teoria Complexa do Direito. CEJUR: Florianópolis, 2013). Outrossim, a articulação dos elementos de nossa tradição jurídica serão debatidos de acordo com tal matriz disciplinar, que melhor descreve a realidade (aspecto descritivo da ciência) e estabelece orientações (âmbito prescritivo da ciência), afastando o uso de elementos teóricos de outras bases de pensamento nos pontos em que são incompatíveis com ela.

Como primeira decorrência disto, cabe afastar a possibilidade de ser efetuada uma aplicação daquilo que a parte ativa chamou de “princípio da proporcionalidade” para fins de afastar a incidência dos preceitos legais em tela.

Isto porque, a uma, de acordo com a base teórica mais amplamente aceita sobre o tema, desenvolvida pelo autor alemão Robert Alexy (Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008), a máxima da proporcionalidade não é um “princípio” que pode ser invocado pela jurisdição para simplesmente desconsiderar a validade de um preceito legal, em total desrespeito à importância democrática do Poder Legislativo, mas sim tem a natureza jurídica de uma regra de segundo grau (ou metarregra), cuja função é exclusivamente servir de critério para resolver a colisão entre dois princípios jurídicos, consoante já amplamente explicado pelo próprio criador da Lei da Colisão e, posteriormente, discuti-

do pela teoria especializada (aqui, por todos, cabe referir Virgílio Afonso da Silva. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009). Daí que, da mesma forma que os juspositivistas usam as metarregras da cronologia, hierarquia e proporcionalidade para resolver o conflito de regras, as três submáximas da proporcionalidade são usadas para resolver a colisão de princípios. Outrossim, tal critério de resolução de colisão de normas não pode ser invocado como um argumento isolado, com suposta força de princípio constitucional, para retirar a cogência de um preceito legal editado pelo parlamento.

A duas, mesmo que fosse seguida a teoria de Alexy da forma correta (utilizando a proporcionalidade como critério de ponderação dos princípios colidentes), tal absorção da doutrina estrangeira é inadequada por implicar elevada concessão de discricionariedade ao juiz e, não raramente, descambar em uma forma virulenta e antidemocrática de ativismo judicial, em que a jurisdição assume a postura de contrapor as opções políticas das demais esferas de Governo, notadamente dos representantes democraticamente eleitos para o parlamento, com vista a promover determinadas propostas sociais ou econômicas, mediante interferência em políticas públicas ou modificação do equilíbrio de valores plasmados na Constituição, geralmente através do controle de constitucionalidade. Daí que, embora já tenha empregado este marco teórico anteriormente (cf. Orlando Luiz Zanon Junior. *Máxima da Proporcionalidade Aplicada*. Florianópolis: Momento Atual, 2004), sou forçado a deixar de adotá-lo, em razão dos efeitos deletérios que vem causando nos cenários acadêmico e forense brasileiros.

E, a três, de forma muito mais coerente com nossas tradições jurídicas e, notadamente, mais afinada com a missão constitucional da jurisdição, a Teoria Complexa do Direito adota a proporcionalidade apenas como um parâmetro para evitar extremos (radicalismos), mas sempre

dentro dos limites fixados pelas Fontes Jurídicas (notadamente os textos legais), ou seja, evitando que seja usada como um argumento para simplesmente desconsiderar a legislação, de modo a manter uma coerência com os valores democráticos e com a separação harmônica de poderes.

Neste ponto, reitero a negativa quanto à possibilidade de adoção de um princípio, máxima ou metarregra da proporcionalidade nos moldes receitados por Alexy, notadamente porque “os padrões de julgamento não incidem de forma isolada e tampouco em etapas, mas sim dentro da complexa dinâmica do sistema jurídico orbital, mediante a argumentação quanto à aplicação de determinados conjuntos de padrões, observada a relação multireflexiva entre eles. Ou seja, não se escolhe aplicar um Princípio determinado ou um conjunto de Princípios de forma independente das demais fontes, na medida que todo Ordenamento Jurídico é articulado pelo intérprete para compor um quadro argumentativo para resolução de um problema concreto ou imaginado, ainda que de forma inconsciente. Assim, os termos ponderação e balanceamento somente podem ser empregados em um senso amplo (*lato sensu*), no sentido do intérprete justificar que está considerando diversos pesos das Fontes Jurídicas incidentes para resolução de determinado caso, diante de específicas consequências fáticas previsíveis, de modo a evitar excessos (*Overintrusion* ou *Übermassverbot*) ou insuficiências (*Underprotection* ou *Untermassverbot*). Não tem correspondência com a realidade, assim, a Lei da Colisão formulada por Alexy, a qual não passa de uma sugestão de receita para racionalização de interpretações realizadas mediante ponderações, efetuadas com base na sua recomendação de Metarregra da Proporcionalidade. Tanto é assim que o órgão aplicador pode ou não empregar tal receita sem quaisquer implicações na racionalidade da Decisão Jurídica, pois não se trata de uma decorrência do real (descrição) e nem uma imposição da tradição jurídica (prescrição). A aplicação do Direito ocorre, isto sim, mediante a conformação das diversas Fontes Jurídicas,

diante de um quadro fático verificado por aproximação, cabendo a posterior justificação da atividade cognitiva, mediante indicação de quais os elementos decisórios empregados, da relação entre eles, da sua adequação à espécie e das suas consequências. É a motivação e a justificação das Fontes Jurídicas empregadas, bem como das relações multireflexivas entre elas, que são exigidas como parâmetros para discussão da qualidade da decisão, de modo a lhe conferir legitimidade, mediante a transparência de seus fundamentos, a qual viabiliza a fiscalização democrática (com observância ou não da chamada ‘Lei’ da Colisão)” (Orlando Luiz Zanon Junior. *Teoria Complexa do Direito*. CEJUR: Florianópolis, 2013).

Portanto, resta inviável se discutir a constitucionalidade dos preceitos legais em tela com base em invocação de um suposto princípio da proporcionalidade, restando superada tal tese ventilada na petição inicial.

Prosseguindo na análise, a segunda decorrência lógica da adoção da Teoria Complexa do Direito é no sentido de que o texto normativo deve ser considerado detentor de força intransponível pelo magistrado, ressalvada a questão da inconstitucionalidade. No sistema democrático, os preceitos legais têm plena vigência e validade, porquanto estabelecidos pelos representantes democraticamente eleitos pela população. Ainda que, atualmente, o sistema político brasileiro se encontre em crise (havendo inclusive discussão sobre a necessidade de sua reforma), isto não autoriza ao magistrado simplesmente desconsiderar o ditame histórico da divisão de poderes e, talvez por se considerar “melhor” ou “mais preparado” que os parlamentares, substituir sua vontade pela deles, criando uma espécie de jurisdicocracia (ou governo/ditadura dos juízes). Aliás, a população não atribuiu aos juízes o poder de criar as leis, mas somente de aplicá-las ou invalidá-las quando eivadas de inconstitucionalidade - e assim o fez na qualidade de detentora do poder político, ao menos formalmente, conforme redação expressa do art. 1º, parágrafo único, da CRFB. Logo, gerada uma expectativa de direito na legislação, esta somen-

te pode ser afastada pela jurisdição quando constatada claramente a sua incompatibilidade vertical com a Carta Magna. E, nesta análise, é certo que a declaração de inconstitucionalidade é uma situação excepcional, tanto que a doutrina (incorretamente, porém, de modo “esclarecedor”) menciona que o texto legal goza de “presunção” de constitucionalidade. Daí que os arts. 13 e 14 da LM 1.958/1990 somente merecem ser declarados inválidos acaso seja verificada sua inegável inconstitucionalidade, sob pena de exercício temerário do poder contramajoritário.

Por fim, a terceira decorrência da adoção da Teoria Complexa do Direito reside na necessidade de se estruturar o complexo de Fontes Jurídicas relevantes, especificar sua força normativa e expor as relações multirreflexivas entre elas para, então, estabelecer qual a sua eficácia na conformação da Norma Jurídica que deve reger o caso concreto em exame. Ou seja, em uma explicitação extremamente sintética deste aspecto da teoria científica do Direito em tela, cabe mencionar que cada caso concreto representa uma pergunta a ser resolvida pelo intérprete, que deve construir a devida resposta, mediante a construção da Norma Jurídica pertinente, em total vinculação ao Ordenamento Jurídico orbital. Como bem lembra Lenio Streck, não existem respostas (normas) antes de formuladas as perguntas (casos), de modo que não podem existir Normas Jurídicas em abstrato, antes do caso concreto (Lenio Luiz Streck. Verdade e consenso. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 549-550). Logo, é no espaço da dialética processual que se constrói a Norma Jurídica adequada, levando em consideração os Textos Normativos pertinentes, a argumentação das partes, os aspectos fáticos, as consequências da decisão e todos os demais aspectos relacionados com a causa.

Assimiladas estas três considerações propedêuticas, ingressando na discussão nuclear propriamente dita, cabe ressaltar que as Fontes Jurídicas mais relevantes para análise de constitucionalidade dos arts. 13 e 14 da LM 1.958/1990 são os arts. 1º, IV, 3º, II, 170, *caput* e VI, e 225, *caput* e §

1º, III, da CRFB. Adicionalmente a tais textos constitucionais, cabem ser cotejados os argumentos de perfil consequencialista trazidos pelas partes e pelo Ministério Público, que contrapõem a importância de preservação ecológica (notadamente no tocante à tutela das fontes de água potável) perante a necessidade de progresso econômico (em especial no tocante aos limitados acessos aos recursos minerais), sem descuidar das questões atinentes à relevância turística do local (por sua peculiar beleza), da manifestação contrária da vizinhança e da limitação do acesso viário (que é sabidamente deficiente, notadamente para veículos maiores de transporte de carga). Sem embargo, todos estes elementos argumentativos merecem ser considerados, em sua abrangência, para fins de conformação da solução adequada à espécie – daí que este caso demonstra, de forma inegável, a insuficiência dos modelos teóricos do Jusnaturalismo e do Positivismo Jurídico (mesmo na forma neopositivista do Garantismo) como bases científicas para operações deliberativas jurídicas, pois não contemplam a integração multirreflexiva dos diversos argumentos relevantes, que a Teoria Complexa consegue realizar de forma mais realista e adequada, sem olvidar da vertente pragmática inerente aos empreendimentos artificiais humanos (sempre voltados a determinados objetivos).

Analisando os preceitos constitucionais antes citados, é possível verificar que incentivam a livre iniciativa e o desenvolvimento econômico, consoante arts. 1º, IV, 3º, II, 170, *caput* e VI, da CRFB. Porém, de outro lado, não estão alheios com relação à necessidade de preservação dos recursos naturais, de modo a assegurar a manutenção da viabilidade de existência digna dos homens neste planeta e, também, resguardar as belezas naturais, consoante arts. 225, *caput* e § 1º, III, da CRFB.

Ambas as vertentes são de difícil equilíbrio, haja vista que a majoração de riquezas econômicas (e, conseqüentemente do conforto e do progresso que elas viabilizam em todas as áreas) nem sempre estão afinadas com o interesse coletivo em preservação ambiental (imprescindível

para manutenção da vida digna na Terra). Daí que uma articulação entre tais ideais resultou no difícil equilíbrio identificado na expressão “desenvolvimento sustentável”, amplamente divulgada no conhecido Relatório Brundtland de 1987, como sendo “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”. Tal ideal abstrato, todavia, encontra-se em constante aprimoramento, haja vista que, por exemplo, o padrão “sonho americano” de desenvolvimento não é sustentável em termos de prognóstico científico, haja vista que, se todos os países do mundo tivessem um nível de consumo similar ao norte-americano, estaria-se diante de um quadro de gradual falência planetária.

No caso concreto, a harmonização prática entre as referidas prescrições constitucionais (desenvolvimento econômico em contraposição à proteção ambiental) aponta para a preservação dos arts. 13 e 14 da LM 1.958/1990, como padrão mais adequado de desenvolvimento sustentável.

Isto porque, primeiro, não é possível se aferir de plano e de forma irrefutável que os arts. 13 e 14 da LM 1.958/1990 são inconstitucionais por supostamente ofenderem os preceitos que estabelecem a livre iniciativa e o desenvolvimento nacional. Notadamente, a previsão de proteção especial de determinada região da municipalidade quanto à atividade industrial, em sede de zoneamento municipal e proteção ambiental, não é ofensiva, de forma absoluta e indelével, ao núcleo fundamental resultante das amarras interpretativas das diretrizes constitucionais quanto à promoção do empreendedorismo. Outrossim, desconstituir a validade da legislação municipal em tela significaria agir ativamente para substituir a representatividade democrática do legislador (e da população local) pela vontade subjetiva do órgão julgador, no tocante à avaliação do equilíbrio sustentável no caso e, assim, sobrelevar a produção de riquezas sobre a tutela ambiental, o quê se mostra inadequado e temerário em sede de

prestação de tutela jurisdicional. Aqui cabe novamente ressaltar que o controle de constitucionalidade deve ser empregado na excepcionalidade de o texto legal ter sido expedido em clara contrariedade substancial a preceito constitucional, ou seja, quando o legislador exorbita da função legiferante que lhe é reservada, o que não aconteceu na espécie.

Aliás, sobre o tema, Edgard Silveira Bueno Filho leciona que “é oportuno lembrar que o planejamento e o zoneamento são formas frequentemente adotadas pelos Municípios para proteger bens como a vegetação, mananciais de água e o ar da poluição industrial. Ora, é evidente que o Município ao regular esta matéria interfere com atividades que a rigor estão regidas por legislação federal. Nem por isto a legislação de zoneamento urbano é considerada da competência da União. E vejam que ao impedir a instalação de determinadas indústrias em determinados locais, o Município interfere na órbita da atividade econômica, em especial e geral na produção de bens regulada por lei federal” (Ecologia e Autonomia Municipal. *In* Clemerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (org.). *Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional*. V 3. São Paulo: RT, 2011. p. 924).

Segundo, cabe reiterar que os preceitos municipais em tela foram editados em estrita consonância com as atribuições legislativas previstas nos arts. 30, I e II, e 225, § 1º, III, da CRFB, no sentido de suplementar a proteção especial para determinada área de seu território. E, no exercício de tal atribuição, os vereadores se ativeram à peculiar importância do Ribeirão Encano por dois motivos plenamente justificáveis, consistentes em sua beleza natural (que certamente pode ser explorada para fins turísticos) e, muito principalmente, em razão da pureza das águas da região. Logo, também sob este aspecto, a legislação não padece de inconstitucionalidade, pelo contrário, está em harmoniza com o art. 225, § 1º, III, da CRFB, que incumbiu o Poder Público de “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especial-

mente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”.

Terceiro, a especial proteção conferida à região do Riberão Encano, nos termos dos preceitos normativos questionados, não ofende em nenhuma extensão o princípio da igualdade, expresso no art. 5º da CRFB, apesar das alegações constantes da exordial. Ora, a vedação de instalação de indústrias, naquela localidade determinada, é voltada indistintamente e isonomicamente em face de todos os empresários eventualmente interessados na exploração econômica da área, não apenas as mineradoras ou a parte ativa. Trata-se de vedação impessoal e abstrata, calcada no lícito interesse de proteção ambiental e de adequação do zoneamento urbano.

Quarto, cabe assinalar que a vedação legal constante da legislação municipal causa apenas uma pequena limitação à prerrogativa de livre iniciativa empresarial das indústrias (inclusive mineradoras), ao retirar apenas uma determinada área geográfica específica de seu espectro de exploração econômica. Trata-se de uma singela redução, devidamente justificada pela importância ambiental e turística da área em tela.

Aliás, neste ponto, a acionante tem insistido num argumento que, inicialmente, pode ter um certo poder persuasivo, construído em torno da tese de que não são muitos os locais onde são encontrados os minerais passíveis de extração, de modo que, acaso muitos municípios adotem restrições ambientais similares, haveria um inafastável prejuízo para este ramo e, também, para todos os outros inúmeros setores que dele dependem, a exemplo da construção civil, da produção energética etc.

Todavia, é um argumento apenas aparentemente forte, haja vista que, a uma, não há comprovação nos autos de que são tão raros assim os locais onde pode ser exercida a atividade mineradora, ainda que alguns locais sejam de acesso mais difícil, exigindo investimentos em linhas de

acesso, o que se justificaria em face da lucratividade; a duas, também não há demonstração quanto à alegada raridade relativa dos minérios que se pretende explorar, o que seria determinante para possibilidade de aceitação de tal argumento, que restou arguido apenas na esfera da suposição; e, a três e mais importante, cabe acentuar que locais de especial beleza como o ora em tela, contendo mananciais de água potável, são reconhecidamente raros por estudos científicos amplamente noticiados, de sorte que a própria argumentação da parte ativa (quanto à raridade dos recursos) depõem contra sua própria pretensão. Ademais, ao contrário do que alega a requerente, sua instalação e funcionamento certamente implicará algum grau de interferência nociva para tal manancial hídrico, ainda que tomadas medidas para minimizar os danos.

Especificamente sobre a exploração de atividade econômica de mineração em espaços submetidos a regimes de exploração diferenciados, Patryck de Araújo Ayala ensina que, “mesmo considerando a qualidade do conhecimento científico já detida nesse momento acerca da capacidade de degradação da exploração mineral, pode-se argumentar que, no contexto brasileiro - de forma distinta daquela verificada no caso das áreas protegidas -, não apenas em relação às unidades de conservação de uso integral, mas também em relação às de uso sustentável, a atividade de mineração mostra-se absolutamente incompatível com o regime jurídico constitucional que qualifica a instituição de espaços naturais especialmente protegidos. [...] Apesar de a legislação brasileira também prever forma de exploração de grau consideravelmente menos impactante (o regime de concessão de lavra garimpeira, ou simplesmente, garimpo), um estudo técnico da própria IUCN já pôde avaliar e demonstrar a gravidade dos impactos originários de acumulação dos efeitos negativos dessas atividades, especialmente a longo prazo, mesmo em Estados em que existe a definição de regimes jurídicos específicos, impondo restrições ao acesso

aos recursos minerais nessas áreas, permitindo evidenciar com clareza a incompatibilidade dessas opções perante a instituição de áreas protegidas, e principalmente perante o objetivo de sustentabilidade, que precisaria orientar as práticas de acesso aos recursos nessas áreas” (In José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 337; grifei).

Quinto, é importante ressaltar que os preceitos legais também estabelecem uma importante limitação em sede de zoneamento urbano, justificada em razão da insuficiência das vias de circulação pública naquela região, que poderia restar prejudicada acaso o escoamento de produção fosse ampliado. Ora, se os preceitos legais vergastados fossem declarados inconstitucionais, não só a acionante, mas também outras indústrias, poderiam optar por se instalar ali, gerando um aumento de fluxo que a malha viária não comportaria.

No ponto, cabe destacar que a estrada principal do Bairro Encano (que liga Indaial até Blumenau) é asfaltada e não difere muito das outras vias públicas que o Estado disponibiliza à iniciativa privada. Ou seja, ela é apenas tão insuficiente como a BR-470 não duplicada para fins de infraestrutura de transportes no interior do Estado de Santa Catarina. Porém, não pode ser considerada, por si só, um impeditivo à instalação da autora, na medida que somente reflete a falta de investimentos suficientes em transportes no cenário brasileiro, apesar de seu potencial econômico (classificada entre as dez maiores economias do mundo).

Porém, as vias secundárias, que teriam de ser usadas, certamente não comportam o trânsito que a liberação de instalação de indústrias no local causaria, pois se tratam de estradas de barro estreitas, que não comportariam a passagem constantes de caminhões concomitantemente ao trânsito local, de modo a recomendar que seja mantida a proibição de sua instalação no local, consoante previsto nos preceitos legais municipais ora em discussão.

Sexto, a análise de constitucionalidade não pode simplesmente desconsiderar o anseio das pessoas que vivem na região, haja vista que, em uma democracia, o direito é um instituto artificialmente criado justamente para amparar a pretensão popular legítima. Não se trata aqui de submissão da jurisdição à opinião pública e tampouco de fazer prevalecer o interesse de uma comunidade em face de pretensões de espectro mais amplo (regional, nacional ou internacional), mas sim de constatar que o zoneamento urbano é uma atribuição da legislação municipal (arts. 30, I e VIII, da CRFB) justamente porque é desenvolvido no interesse da respectiva população. Daí que, se a lei expressamente consagra a pretensão municipal de um espectro maior de pretensão para determinadas áreas, justificando tal limitação na ausência de vocação industrial, tal manifestação democrática merece ser levada a sério.

Ainda que a parte ativa tenha sido incisiva em mencionar argumentos que parecem contrapor uma visão bairrista contra uma iniciativa empresarial voltada ao desenvolvimento econômico do país, não se pode deixar de verificar que a discussão aqui é mais precisamente caracterizada por um interesse empresarial individual em face de uma pretensão ambiental de abrangência coletiva. Daí que, embora não se pretenda desincentivar o empreendedorismo (muito pelo contrário, precisaria ser promovido), não se pode admitir que o desenvolvimento econômico se contraponha a tudo, como se tivesse uma importância exclusiva e preponderante em todas as situações. Sem embargo, no caso concreto, é lúdima a manifestação de interesse democrático do povo de Indaial, “que vive, que luta e canta”, como anunciam em seu hino, em manter resguardadas apenas algumas áreas especiais perante a exploração econômica, sem que isto implique a destruição do núcleo essencial do direito de livre iniciativa dos investidores vindos de outras áreas, que podem se instalar em localidades diversas, também passíveis de mineração.

Sétimo, não desconheço o argumento de que a acionante teria adquirido o terreno e feito diversos investimentos no local, na “confiança”

de que não haveria empecilhos legais ou burocráticos ao seu empreendimento. Todavia, esta alegação não merece prosperar, pois, desde o ano de 1990, era público e conhecido que havia uma proibição legal específica (os artigos legais questionados) contra sua atividade naquele local, de modo que ela tinha, em verdade, a “segurança jurídica” de que sua atividade não poderia ser aprovada, sob pena de afronta à legislação municipal. Mais do que isto, não se pode desconhecer que também os vizinhos do Bairro Encano também tinham a “confiança” de que seus imóveis não seriam ladeados por um empreendimento deste porte e características (que, aliás, pode implicar perda de valor de mercado de suas propriedades). Entre a “confiança” de um ou de outro, mais vale aquela baseada em lei expressa, que é a legítima fixadora de expectativas de direitos e deveres.

E, oitavo, quanto ao argumento de que seria ilegítimo submeter a instalação e o funcionamento de atividade econômica a plebiscito municipal, cabe destacar que a análise de tal tema é dispensável para o equacionamento da causa. Isto porque a especial proteção de determinada área é constitucional por si só, nos termos antes expostos, independentemente da possibilidade de atenuação em caso de aceitação pelos munícipes em escrutínio.

Por fim, destaco que, analisando um argumento ou outro, a tese da parte ativa não é totalmente insubsistente, pois o desenvolvimento econômico é também um interesse constitucional a ser implementado, consoante já antes mencionado. Todavia, o grande conjunto de fortes argumentos contrários à sua pretensão impede a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 13 e 14 da LM 1.958/1990 e, outrossim, merece ser mantido hígido o ato administrativo que os aplicou.

Do exposto, resolvo o mérito julgando improcedentes os pedidos deduzidos na petição inicial, com base no art. 269, III, do CPC.

Condeno a parte ativa ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 5.000,00, observados os critérios do art. 20, § 3º, ‘a’, ‘b’ e ‘c’, e § 4º, do CPC.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se, inclusive o Ministério Público.
Após o trânsito em julgado, arquivem-se.

Indaial (SC), 12 de agosto de 2014.

Orlando Luiz Zanon Junior
Juiz de Direito

Autos n. 0000913-67.2011.8.24.0061

Comarca: São Francisco do Sul

1ª Vara Cível

Ação: Procedimento Ordinário/Indenização por Dano Moral

Autor: Sandrilena Borges de Souza

Réu: America Latina Logística S/A - ALL

Vistos etc.

I – Perante a Justiça Federal de Joinville/SC, **Sandrilena Borges de Souza** ajuizou “ação de reparação de danos por ato ilícito” em face de **ALL – América Latina Logística Malha Sul S/A e “União Federal”**, todos qualificados nos autos.

Expôs, em suma, que é genitora de R. de S. S., o qual, no dia 18/09/2007, fora atingido e atropelado por composição férrea em frente à sua escola, vindo a falecer em virtude do acidente. Afirmou que as requeridas são responsáveis pelo evento danoso, porque competiria à América Latina Logística Malha Sul S/A, na condição de empresa concessionária prestadora do serviço público, impedir que pedestres pudessem invadir a área destinada ao trânsito férreo, e à União, na qualidade de concedente do serviço, fiscalizar o cumprimento das obrigações inerentes ao contrato de concessão.

Com base nesses fatos, pugnou pela condenação das requeridas ao pagamento de indenização por danos morais, consistente na perda prematura de seu filho – aos 09 anos de idade –, no valor equivalente a 1.000 salários mínimos, bem como por danos materiais, na forma de lucros cessantes, decorrentes da perda de uma natural fonte de auxílio financeiro, que deverá ser paga através de pensão mensal em valor equivalente a 01 salário mínimo, da data em que a vítima completasse 14 anos de idade até a data que a genitora completar 71 anos de idade.

Valorou a causa, juntou procuração e documentos (fls. 08/36).

As requeridas foram citadas (fls. 38 e 39).

ALL – América Latina Logística Malha Sul S/A ofereceu resposta na forma de contestação. Aduziu que realizou investigação sumária de acidente, através de seu departamento especializado de gerenciamento patrimonial, na qual foi constatado que o acidente ocorreu por culpa única e exclusiva da vítima, aliada à culpa *in vigilando* dos genitores. Isso porque o infante tentou “pegar carona” no trem em movimento, o qual estava em baixa velocidade em razão da área escolar, mas acabou escorregando e caindo debaixo do trem, vindo a morrer instantaneamente. Afirmou, ainda, que seria inviável colocar cercas no entorno das linhas férreas, pois impossibilitaria a passagem de pedestres para o outro lado da ferrovia. Finalizou requerendo a improcedência dos pedidos (fls. 41/246).

A União também apresentou resposta sob forma de contestação, arguindo, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva *ad causam*, ao argumento de que, com a concessão do serviço público de transporte ferroviário de cargas, transferiu à corré ALL – América Latina Logística Malha Sul S/A não só a execução do serviço, mas também a responsabilidade por eventuais danos causados no exercício da atividade. No mérito, reafirmou que não é a responsável pela prestação do serviço ferroviário e que, na hipótese de procedência dos pedidos, deveria-se levar em consideração a contribuição causal da vítima para a ocorrência do acidente (fls. 248/298).

Em réplica, a parte autora rechaçou os argumentos defensivos das requeridas, reeditando os argumentos e os pedidos formulados na exordial (fls. 301/302).

Na sequência, foi acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* arguida, extinguindo-se o processo sem resolução de mérito em relação à União e, em consequência, determinou-se a remessa dos autos à Justiça Estadual (fl. 311). Negado provimento ao agravo de instrumento

interposto pela parte autora contra essa decisão (fls. 331/336), foram os autos remetidos a este Juízo (fl. 342).

Acolhida a competência, designou-se audiência preliminar (fl. 344), na qual, após recusada a proposta de resolução consensual da lide, as partes passaram à especificação de provas, tendo a parte autora postulado a produção de prova oral, consistente da oitiva de testemunhas, e de prova pericial, e a requerida a produção de prova apenas oral, consistente no depoimento pessoal da parte autora e na oitiva de testemunhas (fl. 356).

Em decisão saneadora, foi deferida a produção da prova documental e da prova oral, indeferido-se o pedido de prova pericial feito pela parte autora, bem como designada audiência de conciliação, instrução e julgamento (fl. 370).

Na data aprazada, novamente recusada a proposta conciliatória e, tendo a requerida desistido do depoimento pessoal da parte autora, foram inquiridas duas testemunhas arroladas pela parte autora e um informante arrolado pela requerida. Ato contínuo, não havendo outras provas a serem produzidas, foi declarada encerrada a instrução e ordenada a intimação das partes para a apresentação de alegações finais por memoriais, devido à complexidade do feito (fls. 395/400).

A parte autora apresentou suas alegações finais às fls. 405/408 e a requerida deixou escoar *in albis* o prazo concedido para tanto (fl. 409).

É o relatório.

II – Trata-se de ação de conhecimento, de procedimento comum ordinário, na qual a parte autora objetiva a condenação de empresa concessionária do serviço público de transporte ferroviário ao pagamento de indenização por danos morais e materiais em decorrência do falecimento de seu filho, à época com 09 anos de idade, que foi atropelado por composição férrea.

De início, deve-se deixar assentado que, em se tratando de ação indenizatória proposta em face de empresa concessionária de serviço público, vige o regime da responsabilidade civil objetiva, consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º- As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Sobre o referido dispositivo constitucional, o saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles preleciona:

O § 6º da CF seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores, e, abandonando a privatística *teoria subjetiva da culpa*, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a *responsabilidade civil objetiva da Administração*, sob a modalidade do risco administrativo. Não chegou, porém, aos extremos do *risco integral*. É o que se infere do texto constitucional e tem sido admitido reiteradamente pela jurisprudência, com apoio na melhor doutrina, como veremos a seguir.

Dispõe o § 6º do art. 37: [...]

O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da *responsabilidade sem culpa* pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados. Em edições anteriores, influenciados pela letra da norma constitucional, entendemos excluídas da aplicação desse princípio as *pessoas físicas e as pessoas jurídicas* que exerçam funções públicas delegadas, sob a forma de empresas estatais ou de empresas concessionárias ou permissionárias.

rias de serviços públicos. Todavia, evoluímos no sentido de que também estas respondem objetivamente pelos danos que seus empregados, nessa qualidade, causarem a terceiros, pois, como dissemos precedentemente (cap. VI, item I), não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originalmente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado (*Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 622/623).

Nesse regime, a responsabilidade civil exsurge da demonstração do dano e do nexo causal entre este e o exercício da atividade estatal concedida, não se adentrando na análise da culpa. Admite-se, porém, que o pretense causador do dano afaste o dever de indenizar comprovando a ruptura do nexo de causalidade pela ocorrência de fato imputável exclusivamente à vítima ou a terceiro, bem assim de circunstância proveniente de caso fortuito ou de força maior.

Ressalta-se, ainda, que, embora a atribuição de responsabilidade à requerida tenha suporte também numa conduta omissiva, antecedente ao atropelamento, que residiria em eventual desídia quanto aos deveres de fiscalização e segurança da malha ferroviária, isso não afasta o contorno objetivo do regime de responsabilização.

É que, como registrado pelo eminente Des. Luiz César Medeiros na Apelação Cível n. 2009.039575-5, “a despeito das discussões que envolvem o tema, tem-se firmado que a prestadora de serviço responde objetivamente pelos danos originados por uma omissão a um dever legal de agir concreta e individualizadamente de modo a impedir o resultado lesivo. Dessa feita, tratando-se de omissão específica da prestadora, o ‘*não agir*’ equivale a um ‘*agir*’ de forma a proporcionar as condições determinantes para o desfecho que se deveria evitar”.

Tal entendimento encontra suporte na doutrina, como se observa na lição de Sergio Cavalieri Filho:

O Estado pratica ato ilícito não só por omissão (quando deixar de fazer o que tinha o dever de fazer), como também por comissão (quando faz o que não devia fazer), v.g., na troca de tiros da polícia com traficantes acaba atingindo um cidadão que passava pelo local.

No ponto em exame, a questão nodal é distinguir *omissão genérica* do Estado e *omissão específica*. Observa o talentoso jurista Guilherme Couto de Castro, em excelente monografia com que brindou o nosso mundo jurídico, “não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir (*A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro*, Forense, 1997, p. 37). Mas, afinal de contas, qual a distinção entre *omissão genérica e omissão específica*? Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. [...]

Em suma, no caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir, ou ter apenas o dever de evitar o resultado. Caso esteja obrigado a agir, haverá *omissão específica* e a responsabilidade será objetiva; será suficiente para a responsabilização do Estado a demonstração de que o dano decorreu da sua omissão (*Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 252).

Assentada essa questão, passa-se à análise dos pressupostos da responsabilidade civil.

De plano, verifica-se que o falecimento do infante R. em razão do atropelamento por uma locomotiva de propriedade da requerida constitui fato incontroverso, vez que admitido pela acionada. E, apesar do caso ser analisado sob a ótica da responsabilidade civil objetiva e de ter o fato sido consumado por uma ação, não há como deixar de se analisar, em conjunto, a omissão da requerida no cumprimento dos deveres de sinalizar e garantir a segurança das pessoas que residem ou transitam no entorno das ferrovias.

Nessa perspectiva, deve-se ter presente que, por imposição legal, as empresas concessionárias do serviço público ferroviário têm a obrigação de adotar medidas para garantir a segurança de tráfego, como forma de prevenir acidentes. Tais deveres, por certo, devem ser observados com maior atenção ainda em zonas de perímetro urbano e em locais onde o risco de acidente é mais efetivo, como, por exemplo, área escolar.

A esse respeito, o Decreto n. 1.832/96, que aprova o Regulamento dos Transportes Ferroviários, dispõe:

Art. 1º Este Regulamento disciplina:

- I - as relações entre a Administração Pública e as Administrações Ferroviárias;
- II - as relações entre as Administrações Ferroviárias, inclusive no tráfego mútuo;
- III - as relações entre as Administrações Ferroviárias e os seus usuários;
- IV - a segurança nos serviços Ferroviários.

Parágrafo único. Para os fins deste Regulamento, entende-se por:

- a) Poder Concedente: a União;
- b) Administração Ferroviária: a empresa privada, o órgão ou entidade pública competentes, que já existam ou venham a ser criados, para construção, operação ou exploração comercial de ferrovias.

[...]

Art. 12. A Administração Ferroviária deverá implantar dispositivos de proteção e segurança ao longo de suas faixas de domínio.

[...]

Art. 54. A Administração Ferroviária adotará as medidas de natureza técnica, administrativa, de segurança e educativa destinadas a:

- I - preservar o patrimônio da empresa;
- II - garantir a regularidade e normalidade do tráfego;
- III - garantir a integridade dos passageiros e dos bens que lhe forem confiados;

IV - prevenir acidentes;

V - garantir a manutenção da ordem em suas dependências;

VI - garantir o cumprimento dos direitos e deveres do usuário. (grifei)

No caso dos autos, as fotografias carreadas à fl. 95, trazidas aos autos pela própria requerida, demonstram que, embora a linha férrea passe defronte a uma escola e a poucos metros de um ponto de ônibus, que é utilizado principalmente por alunos dessa escola, a requerida não tomou qualquer medida tendente a protegê-los de acidentes como o ocorrido com a vítima.

Nesse particular, a testemunha Cleci Soares dos Santos, que reside ao lado da escola, confirmou que não há qualquer proteção em torno da ferrovia e que observava, apreensiva, as crianças saindo do colégio e correndo perigo na beira dos trilhos da ferrovia, enquanto aguardavam no ponto de ônibus. A testemunha Jair José dos Santos ratificou que reside na região onde ocorreu o sinistro há mais de 10 anos e que nunca foi colocado qualquer tipo de proteção para impedir o acesso à ferrovia (mídia de fl. 400).

A tese de que inexistente dever legal de cercar a ferrovia não socorre à defesa, pois, conquanto a legislação supracitada não faça menção expressa e específica sobre os mecanismos de proteção a serem executados, impõe às concessionárias o dever legal de segurança e vigilância das vias férreas, o que deve ser definido concretamente com o exame do cenário local. No caso, ainda que não fosse necessariamente uma cerca ou um muro, caberia à acionada adotar alguma providência para impedir que crianças ficassem tão próximas da ferrovia sem qualquer obstáculo a impedi-las de transitar pelos trilhos.

Para tentar afastar a sua responsabilidade pelo evento danoso, a requerida sustenta que a culpa pelo acidente é exclusiva da vítima, que teria tentado “pegar carona” no trem em movimento. Ocorre que não há

qualquer prova disso. A alegação, aliás, baseia-se em simples relatório elaborado por funcionário da própria requerida, do setor de Gerenciamento de Serviços Patrimoniais Ltda. (fl. 92), cuja conclusão não restou confirmada pela prova produzida em contraditório. Logo, não tendo a requerida se desincumbido do ônus que lhe competia por força do art. 333, II, do CPC, não há como acolher a tese excludente de responsabilidade.

Portanto, está devidamente comprovada a falha no dever legal de segurança da empresa requerida (omissão), que culminou no acidente que causou a morte da vítima (ação), bem como o a existência do nexo de causalidade entre a ação/omissão da concessionária de serviço público e o sinistro, restando presentes os requisitos necessários ao reconhecimento do dever indenizar.

Sobre o assunto, extrai-se da jurisprudência do STJ:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. ACIDENTE FERROVIÁRIO. VÍTIMA FATAL. COMPROVADA A CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SÚMULA 7 DO STJ. NÃO COMPROVAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NOS MOLDES EXIGIDOS PELO RISTJ.

1. A culpa da prestadora do serviço de transporte ferroviário configura-se no caso de atropelamento de transeunte na via férrea quando existente omissão ou negligência do dever de vedação física das faixas de domínio da ferrovia com muros e cercas bem como da sinalização e da fiscalização dessas medidas garantidoras da segurança na circulação da população. Precedentes.
2. A responsabilidade civil do Estado ou de delegatário de serviço público, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa, a qual se origina, na espécie, do descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do dano.
3. A exemplo de outros diplomas legais anteriores, o Regulamento dos Transportes Ferroviários (Decreto 1.832/1996) disciplinou a segurança nos serviços ferroviários (art. 1º, inciso IV), impondo às administrações ferroviárias

o cumprimento de medidas de segurança e regularidade do tráfego (art. 4º, I) bem como, nos termos do ‘inciso IV do art. 54, a adoção de “medidas de natureza técnica, administrativa, de segurança e educativas destinadas a prevenir acidentes”. Outrossim, atribuiu-lhes a função de vigilância, inclusive, quando necessário, em ação harmônica com as autoridades policiais (art. 55).

4. Assim, o descumprimento das medidas de segurança impostas por lei, desde que aferido pelo Juízo de piso, ao qual compete a análise das questões fático-probatórias, caracteriza inequivocamente a culpa da concessionária de transporte ferroviário e o consequente dever de indenizar.

5. A despeito de situações fáticas variadas no tocante ao descumprimento do dever de segurança e vigilância contínua das vias férreas, a responsabilização da concessionária é uma constante, passível de ser elidida tão somente quando cabalmente comprovada a culpa exclusiva da vítima. Para os fins da sistemática prevista no art. 543-C do CPC, citam-se algumas situações: (i) existência de cercas ao longo da via, mas caracterizadas pela sua vulnerabilidade, insuscetíveis de impedir a abertura de passagens clandestinas, ainda quando existente passarela nas imediações do local do sinistro; (ii) a própria inexistência de cercadura ao longo de toda a ferrovia; (iii) a falta de vigilância constante e de manutenção da incolumidade dos muros destinados à vedação do acesso à linha férrea pelos pedestres; (iv) a ausência parcial ou total de sinalização adequada a indicar o perigo representado pelo tráfego das composições.

6. No caso sob exame, a instância ordinária, com ampla cognição fático-probatória, consignou a culpa exclusiva da vítima, a qual encontrava-se deitada nos trilhos do trem, logo após uma curva, momento em que foi avistada pelo maquinista que, em vão, tentou frear para evitar o sinistro. Insta ressaltar que a recorrente fundou seu pedido na imperícia do maquinista, que foi afastada pelo Juízo singular, e na responsabilidade objetiva da concessionária pela culpa de seu preposto. Incidência da Súmula 7 do STJ.

7. Ademais, o dissídio jurisprudencial não foi comprovado nos moldes exigidos pelo RISTJ, o que impede o conhecimento do recurso especial interposto com fundamento tão somente na alínea “c” do permissivo constitucional.

8. Recurso especial não conhecido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp n. 1210064/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08/08/2012).

Da Jurisprudência Catarinense colhe-se ainda:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ATROPELAMENTO E MORTE DE FILHA POR TREM DE EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA TEORIA OBJETIVA. INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ANÁLISE DE AÇÃO E OMISSÃO CONCOMITANTES. DEVER DE SEGURANÇA DOS TRANSEUNTES NÃO CUMPRIDO PELA EMPRESA DEMANDADA, QUE ACARRETOU NA MORTE DA VÍTIMA. AÇÃO/OMISSÃO, DANO E NEXO DE CAUSALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADOS. EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NÃO EVIDENCIADA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. No caso da responsabilidade civil prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, deve a parte autora demonstrar a relação de causalidade entre o dano e a conduta do ente público, dispensando-se da comprovação da culpa ou dolo do agente.

“Em especial nas passagens de nível onde se constata a intensa circulação de pessoas, não há dúvidas de que o dever de segurança reclama uma maior precaução por parte da empresa ferroviária, com a implementação de dispositivos que, de fato, impeçam a invasão de pedestres nas áreas e horários de trânsito férreo. Nesses locais, a falta de sinalização e de medidas de contenção configura omissão específica da prestadora, derivada da inobservância de seu dever de agir para garantir a segurança dos transeuntes”. (AC n. 2009.039575-5, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 26.2.13). [...]. (Apelação Cível n. 2012.051177-5, de Joinville. Rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 09/07/2013).

RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS, MATERIAIS E PENSÃO MENSAL VITALÍCIA - ATROPELAMENTO DE MENOR POR TREM EM PASSAGEM DE NÍVEL - DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE SEGURANÇA - OMISSÃO ESPECÍFICA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ATENUAÇÃO - MENOR DESACOMPANHADO - NEGLIGÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS LEGAIS 1 A prestadora de serviço de transporte ferroviário em exercício de função delegada pelo Poder Público (CF, art. 21, d') responde objetivamente pelos danos decorrentes de evento lesivo originado por omissão específica sua, ou seja, por omissão a um dever legal de agir concreta e individualizadamente de modo a impedir o resultado danoso.

2 Em especial nas passagens de nível onde se constata a intensa circulação de pessoas, não há dúvidas de que o dever de segurança reclama uma maior precaução por parte da empresa ferroviária, com a implementação de dispositivos que, de fato, impeçam a invasão de pedestres nas áreas e horários de trânsito férreo. Nesses locais, a falta de sinalização e de medidas de contenção configura omissão específica da prestadora, derivada da inobservância de seu dever de agir para garantir a segurança dos transeuntes. [...]. (Apelação Cível n. 2009.039575-5, de Joinville. Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 26/02/2013).

Posto isso, passa-se à análise dos danos que a parte autora alega ter sofrido em virtude do acidente.

Com relação ao pedido de indenização por danos morais, deve-se lembrar que estes se verificam em “todas as ofensas que atinjam as pessoas nos aspectos relacionados com os sentimentos, a vida afetiva, cultural e de relações sociais; eles traduzem-se na violação de valores ou interesses puramente espirituais ou afetivos, ocasionando perturbações na alma do ofendido” (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 584).

No caso em exame, é inegável que a parte autora foi vítima de dano de ordem moral, pois o acidente ocasionou a morte prematura de seu filho, ainda uma criança, cuja lembrança permanecerá viva na memória da genitora, renovando na sucessão dos dias a dor da perda brutal e da inestimável ausência, sentimento com o qual a parte autora terá de conviver. Em casos tais, a jurisprudência tem reconhecido que o dano moral é presumido (*in re ipsa*), já que decorre da estreita e intensa relação afetiva existente entre mãe e filho.

Sobre o tema, Yussef Said Cahali, em trecho citado pelo eminente Des. Pedro Manoel Abreu na Apelação Cível n. 2013.059451-4, preleciona que:

Seria até mesmo afrontoso aos mais sublimes sentimentos humanos negar-se que a morte de um ente querido, familiar ou companheiro, desencadeia naturalmente uma sensação dolorosa de fácil e objetiva percepção.

Por ser de senso comum, a verdade desta assertiva dispensa demonstração: a morte antecipada em razão do ato ilícito de um ser humano de nossas relação afetivas, mesmo nascituro, causa-nos um profundo sentimento de dor, de pesar, de frustração, de ausência, de saudade, de desestímulo, de irresignação.

São sentimentos justos e perfeitamente identificáveis da mesma forma que certos danos simplesmente patrimoniais, e que se revelam com maior ou menor intensidade, mas que sempre existem.

No estágio atual de nosso direito, com a consagração definitiva, até constitucional, do princípio da reparabilidade do dano moral, não mais se questiona que esses sentimentos feridos pela dor moral comportam ser indenizados; não se trata de ressarcir o prejuízo material representado pela perda de um familiar economicamente proveitoso, mas de reparar a dor com bens de natureza distinta, de caráter compensatório e que, de alguma forma, servem como lenitivo (*Dano moral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 111)

Na esteira desse ensinamento, o STJ já decidiu:

O sofrimento pela morte de parente é disseminado pelo núcleo familiar, como em força centrífuga, atingindo cada um dos membros, em gradações diversas, o que deve ser levado em conta pelo magistrado para fins de arbitramento do valor da reparação do dano moral (STJ. REsp 1.101.213/RJ. Rel. Min. Castro Meira).

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR MORTE. LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO. NÚCLEO FAMILIAR. DANO MORAL CABÍVEL.

Os danos morais causados ao núcleo familiar da vítima, dispensam provas. São presumíveis os prejuízos sofridos com a morte do parente (STJ. REsp 437.316/MG. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

Noutras palavras, “o abalo moral [...] decorre do próprio acidente, da dor e desgosto experimentada pela autora, e independe, dessa forma, de outras provas. Trata-se do dano moral presumido ou dano moral *in re ipsa*, independente da produção de outras provas, pois a lesão extrapatrimonial é presumida” (TJSC. Apelação Cível n. 2011.019554-7, de Itajaí. Rel. Des. Denise Volpato).

Reconhecido o dever de indenizar os danos morais, passa-se à fixação do *quantum*. Como se sabe, não existem critérios legais rígidos para apuração do valor devido a título indenizatório. Em virtude disso, prepondera na doutrina e jurisprudência o entendimento de que o arbitramento da indenização deve orientar-se pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em termos mais concretos, o valor deve atender, a um só tempo, ao caráter compensatório pela dor e desgosto causadas pelo ato ilícito praticado e o caráter pedagógico e inibitório, à luz da: intensidade da culpa ou dolo; da extensão do dano; das condições econômicas das partes; do grau de reprovabilidade do ato; da gravidade e repercussão da ofensa e da intensidade do sofrimento da vítima.

No caso em tela, sopesando-se as consequências do ato ilícito e as condições pessoais das partes, o tempo transcorrido desde o infortúnio, além do caráter compensatório e punitivo, fixo a indenização em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), devendo incidir correção monetária, pelo índice do INPC, a partir da data do arbitramento, na forma da Súmula n. 362 do STJ, e juros de mora, no patamar de 1% ao mês, a partir do evento danoso (CC, art. 398 e STJ, Súmula 54).

No que tange ao pedido de indenização por danos materiais, tem-se que, sob essa rubrica, o Código Civil contempla a compensação por danos emergentes e por lucros cessantes, prevendo, em seu art. 402, que a vítima deve ser indenizada pelo que efetivamente perdeu e também pelo que razoavelmente deixou de lucrar.

Na hipótese em exame, a parte autora objetiva a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos materiais na forma de lucros cessantes, tendo em vista que, em razão do acidente, perdeu uma potencial fonte de auxílio financeiro, sendo, assim, privada da obtenção de uma vantagem patrimonial.

Sergio Cavalieri Filho ensina que os lucros cessantes consistem na “perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado (*Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 75).

Em situações como a presente, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas ao reconhecerem o direito dos genitores ao recebimento de pensão em razão da morte de filho, ainda que este não exercesse atividade remunerada, conforme entendimento consagrado na Súmula n. 491 do STF: “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

A propósito:

ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO DE CRIANÇA DE 7 ANOS DE IDADE. ÓBITO. OMISSÃO DOS AGENTES PÚBLICOS EM SAÍDA DE ESCOLA MUNICIPAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PATENTEADA. DANOS MORAIS TAMBÉM EVIDENCIADOS. PENSÃO DEVIDA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO, EM PARTE.

[...]

Pensionamento a ser pago no montante de 2/3 do salário mínimo a partir dos 14 anos e até os 25 anos da vítima, e após, até a provável idade de 65 anos, reduzida para 1/3 do salário mínimo (REsp. n. 674.586/SC e 603.984/MT) (TJSC. Apelação Cível n. 2012.006809-2, de Brusque. Rel. Des. Cesar Abreu, j. 16/07/2013).

LUCROS CESSANTES QUE COMPORTAM O PEDIDO DE PENSÃO MENSAL MORTE DO FILHO QUE EXERCIA ATIVIDADE REMUNERADA. PENSÃO MENSAL DEVIDA AOS PAIS. EXISTÊNCIA DE PROVA DE RENDA DA VÍTIMA. PENSÃO FIXADA EM 1/3 (UM TERÇO) DOS RENDIMENTOS, PERDURANDO ATÉ A DATA EM

QUE COMPLETARIA 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS.

Os lucros cessantes e a pensão mensal são espécies de dano material, porquanto representam perda patrimonial para a vítima.

Presume-se o dano resultante da morte do filho adulto que residia com os pais e auxiliava na manutenção do lar, desnecessária é, então, a comprovação efetiva da contribuição financeira para com eles.

No caso para a equalização do pensionamento por ato ilícito, deduz-se apenas o equivalente a $2/3$ (um terço), porque se a vítima estivesse viva necessitaria desta quantia para a sua própria manutenção, de modo que a obrigação deve ser suportada no valor correspondente a $1/3$ do salário da vítima.

Concernente ao limite de idade de 65 (sessenta e cinco) anos, foi deferido de acordo com o pedido dos demandantes, embora tenha-se reiteradamente decidido que o pensionamento é devido até os 70 (setenta) anos.

Sobre as parcelas de pensão mensal decorrente de ato ilícito incidem juros de mora desde o evento danoso, por se tratar de responsabilidade extracontratual (Súmula 54 do STJ). A correção monetária, pelo INPC-IBGE, flui a partir do vencimento de cada parcela. [...] (TJSC. Apelação Cível n. 2010.033271-9, de Blumenau. Rel. Des. Subst. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 08/08/2013).

Merece guarida, portanto, a pretensão deduzida pela parte autora. Quanto aos marcos e valores da obrigação, também não subsistem controvérsias. Conforme entendimento firmado, a pensão deve ser de $2/3$ do salário mínimo nacional a partir da data em que a vítima completaria 14 anos de idade até a data em alcançaria 25 anos de idade. A partir de então, o valor é reduzido para $1/3$ do salário mínimo nacional e pago até o dia em que a vítima completaria 70 anos de idade ou até o falecimento da beneficiária, o que ocorrer primeiro (TJSC. Apelação Cível n. 2010.075263-6, da Capital. Rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 08/08/2013).

In casu, a pensão deve ser paga desde o dia 08/05/2012 até o dia 08/05/2023 no valor equivalente a $2/3$ do salário mínimo nacional vigente à época de cada pagamento, sendo as parcelas vencidas, que deverão ser pagas de uma só vez, corrigidas monetariamente pelo INPC e

acrescidas de juros de mora de 1% ao mês, a contar do vencimento de cada prestação. A partir a data de 09/05/2023 até o dia 08/05/2068 ou até o falecimento da beneficiária, o que ocorrer primeiro, a pensão deverá ser paga em valor equivalente a 1/3 do salário mínimo nacional, a ser reajustado pela variação do salário mínimo.

Por derradeiro, frisa-se ser incabível a adição ao pensionamento de gratificação natalina (13º salário) e do terço constitucional de férias, porque a vítima não exercia atividade laborativa à época do evento danoso. Apesar disso não ser impeditivo da fixação de pensão, desautoriza agregar verbas outras além da pura e simples pensão em percentual de salário mínimo (TJSC. Apelação Cível n. 2014.021690-5, de Pomerode. Rel. Rel. Des. Trindade dos Santos, j. 09/07/2014).

De outro banda, no tocante às medidas necessárias para garantir o pagamento da pensão mensal, convém ressaltar que, com as inovações trazidas pela Lei n. 11.232/2005, a constituição de capital deixou de ser providência obrigatória, podendo ser substituída pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento, quando se tratar de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica ou por fiança bancária ou garantia real, nos termos do art. 475-Q, *caput* e § 2º, do CPC. A superveniência desse dispositivo tornou superado o entendimento esposado na Súmula n. 313 do STJ, a qual enuncia a obrigatoriedade da constituição de capital ou de caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do devedor.

Porém, a despeito dessa alteração, Sergio Cavaliere Filho adverte que é bom ter cuidado, porquanto “a experiência comum previne ser temerário, em face da celeridade das variações e das incertezas econômicas do mundo de hoje, asseverar que uma empresa particular, por sólida e confortável que seja a sua situação atual, nela seguramente permanecerá, por longo prazo, com o mesmo *status* econômico em que presentemente

possa ela se encontrar” (*Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 130).

Em atenção a essa lição e a fim de assegurar o efetivo pagamento da pensão mensal, deverá a requerida, no prazo de 60 dias após o trânsito em julgado, constituir capital garantidor da obrigação futura. Entretanto, poderá liberar-se da obrigação de constituir capital, mediante a quitação integral de todas as parcelas vincendas.

III – Por tais razões, **julgo procedentes** os pedidos formulados na presente ação para, em consequência, **condenar** a requerida ao pagamento das seguintes verbas indenizatórias à parte autora:

a) indenização por danos morais, no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), corrigido monetariamente (INPC) a partir da data desta sentença (STJ, Súmula 362) e acrescido de juros legais de 1% ao mês, a contar da data do evento danoso (CC, art. 398 e STJ, Súmula 54);

b) pensão mensal, do dia 08/05/2012 até o dia 08/05/2023, no valor equivalente a 2/3 (dois terços) do salário mínimo nacional e, de 09/05/2023 até o dia 08/05/2068 ou até o morte da parte autora, o que ocorrer primeiro, em valor correspondente a 1/3 (um terço) do salário mínimo nacional, quantia que deverá ser paga até o dia 05 do mês subsequente ao vencido.

As parcelas vencidas do pensionamento deverão ser quitadas de uma só vez, com atualização idêntica à variação do salário mínimo, corrigidas monetariamente pelo INPC e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês, a contar da data de cada vencimento.

Condeno a requerida a constituir capital para assegurar o pagamento da pensão mensal, no prazo de 60 dias após o trânsito em julgado (CPC, art. 475-Q).

Condeno a requerida ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, estes fixados em 15% do valor da condenação

(CPC, art. 20, § 3º), devendo o cálculo incidir sobre o valor da indenização por danos morais, bem como sobre o valor das prestações da pensão mensal vencidas, acrescidas de uma anualidade.

P. R. I.

Com o trânsito em julgado, providencie-se a cobrança das custas finais e, após, aguarde-se pelo prazo de 06 meses em cartório (CPC, art. 475-J, § 5º). Não havendo pedido de cumprimento de sentença, arquivem-se.

São Francisco do Sul (SC), 15 de agosto de 2014.

Marlon Negri
Juiz de Direito

Autos n. 0007805-08.2013.8.24.0033

Comarca: Itajaí

Vara da Fazenda Pública, Executivos Fiscais, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos

Ação: Ação Civil Pública

Requerente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Requerido: Município de Itajaí e outros

Vistos etc.

I - RELATÓRIO:

O **Ministério Público do Estado de Santa Catarina** ingressou com a presente ação civil pública em desfavor do **Município de Itajaí e Câmara de Vereadores de Itajaí**, objetivando impedir a continuidade e aprovação de qualquer atividade na denominada Zona Especial Ambiental -ZEA, localizada na Praia Brava, neste município, porquanto detectadas ilegalidades no conteúdo das Leis Complementares Municipais n. 214/2012 e 215/2012 em relação à instituição da ZEA, por afronta direta a dispositivos da Lei Orgânica do Município, Plano Diretor do Município e Lei Federal n. 10.257/2001, bem como a regras e princípios norteadores da proteção ao meio ambiente.

O autor, em síntese, relatou que: **a)** a LCM n. 215/2012 é incompatível com o disposto no art. 124 da Lei Orgânica do Município, que prevê que a alteração do zoneamento deverá ser precedida de um estudo de impacto ambiental, o que não ocorreu no caso da aprovação da lei em apreço; **b)** a LCM n. 215/2012, ao elencar a Zona Especial Ambiental-ZEA – na qual o canto norte da Praia Brava está inserido – como Macrozona Urbana agiu em desacordo com a LCM n. 94/2006 – Plano Diretor do Município – que inseriu a mesma área na Macrozona de Proteção Ambiental-MZPA; **c)** os parâmetros de uso e ocupação es-

tabelecidos para a ZEA pela LCM n. 215/2012 são incompatíveis com a Macrozona de Proteção Ambiental sobre a qual incidem, bem como não se adequam com os objetivos previstos para a Macrozona Urbana; **d)** a LCM n. 214/2012, ao permitir a aplicação do instituto da outorga onerosa do direito de construir em ZEA, colidiu com o disposto no art. 115 do Plano Diretor do Município, uma vez que referido instituto só poderia incidir na Macrozona Urbana, incompatível com o canto norte da Praia Brava, originariamente pertencente à Macrozona de Preservação Ambiental; **e)** as LCMs ns. 215/2012 e 214/2012, além de afetarem o desenvolvimento urbano sustentável, respectivamente, alteraram indevidamente a Macrozona de Preservação Ambiental e previram, equivocadamente, a possibilidade do instituto da outorga onerosa para ZEA.

Assim, requereu a concessão de medida liminar, a fim de que: **a)** o Município de Itajaí se abstinhasse de licenciar, autorizar, expedir alvarás, deferir consulta prévia ou qualquer outro ato administrativo que importe em direitos de particulares frente à Administração relacionados à Zona Especial Ambiental-ZEA e a toda área que envolve o canto norte da Praia Brava, no que corresponde à Macrozona de Proteção Ambiental – MZPA delimitada pelo Plano Diretor do Município; **b)** o Município de Itajaí suspendesse todos os alvarás de construção referentes à Zona Especial Ambiental-ZEA já emitidos com base na Lei Complementar n. 215/2012, bem como os atos de outorga do direito de construir referentes à Zona Especial Ambiental-ZEA com base na Lei Complementar n. 214/2012; **c)** a Câmara de Vereadores de Itajaí suspendesse a tramitação e aprovação de outras leis que disponham sobre parâmetros de uso e ocupação do solo que não estiverem de acordo com os critérios estabelecidos na Lei Orgânica do Município, no Plano Diretor do Município e no Estatuto da Cidade.

Em definitivo, pleiteou a confirmação dos pedidos liminares, bem como: **a)** a declaração de nulidade do art. 31, parágrafo único, inciso IV,

e art. 39, ambos da LCM n. 215/2012, no que se refere à Zona Especial Ambiental-ZEA; **b)** a declaração de nulidade do art. 4º da LCM n. 214/2012, no que se refere à aplicação do instituto da outorga onerosa do direito de construir na Zona Especial Ambiental-ZEA; **c)** seja o Município de Itajaí obrigado a apresentar estudo ambiental e urbanístico específico para a Macrozona de Proteção Ambiental localizada no canto norte da Praia Brava, em especial abrangendo a Zona Especial Ambiental-ZEA e o Canto do Morcego, a fim de analisar quais os parâmetros de uso e ocupação compatíveis com a área, para somente então encaminhar novo projeto ao Poder Legislativo; **d)** seja a Câmara de Vereadores, após a apresentação do estudo referido no item anterior, obrigada a deliberar sobre a matéria por meio de audiências públicas, conforme preveem o regimento interno daquela Casa e Estatuto da Cidade. Juntou documentos às fls. 37-158 e volume anexo.

A decisão de fls. 159-166 deferiu os pedidos liminares.

A Associação dos Proprietários da Praia Brava – APROBRAVA, na qualidade de assistente (art. 50 do CPC), opôs embargos de declaração às fls. 179-190.

O despacho de fl. 191 determinou a intimação do Município e Câmara de Vereadores de Itajaí para se manifestarem sobre o pedido de assistência da associação em apreço, os quais não opuseram nenhuma resistência (fls. 209 e 210-211).

O pedido de assistência formulado pela APROBRAVA foi autuado como incidente (autos n. 033.13.007805-3/002, em apenso), tendo este juízo se pronunciado pela improcedência, posicionamento este reformado pelo julgamento do agravo de instrumento n. 2013.060952-3.

O Município de Itajaí, devidamente citado (fl. 168), apresentou resposta na forma de “manifestação” (fls. 216-221) e, após defender a efetiva participação popular no processo de aprovação da LCM n. 215/2012,

admitiu a ocorrência de erros quanto à inserção da Zona Especial Ambiental-ZEA nos limites da Macrozona Urbana-MZU, quando, em verdade, deveria permanecer na Macrozona de Proteção Ambiental-MZPA. Aduziu, ainda, que tomaria as providências para apresentar estudo ambiental e urbanístico específico para a Macrozona de Proteção Ambiental localizada no canto norte da Praia Brava, em especial abrangendo a Zona Especial Ambiental-ZEA e o Canto do Morcego. Requeru o julgamento de mérito, com fundamento no art. 269, inciso II, do Código de Processo Civil. Juntou documentos às fls. 222-367.

A Câmara de Vereadores de Itajaí, igualmente citada à fl. 168, apresentou “manifestação” (fls. 369-376), ocasião em que, em síntese, alegou a regular observância ao processo legislativo, seja no tocante às disposições regimentais, quanto ao previsto na Lei Orgânica do Município. Quanto ao mérito dos projetos de leis de uso e ocupação do solo, alegou ser o Poder Executivo o único responsável pela proposição, quem, inclusive, admitiu a ocorrência de equívocos no enquadramento das áreas.

A decisão de fl. 382-388 acolheu parcialmente o recurso de embargos de declaração oposto pela APROBRAVA, aclarando a obscuridade no “item b” da parte dispositiva da decisão de fls. 159-166.

A APROBRAVA interpôs recurso de agravo de instrumento em face da decisão liminar (fls. 159-166), cuja cópia, em atendimento ao disposto no art. 526 do Código de Processo Civil, acostou às fls. 401-418. Apresentou petição defendendo a legalidade das LCMs n. 214/2012 e 215/2012 (fls. 421-429).

Transladada às fls. 452-460 cópia da decisão monocrática do Desembargador Relator do agravo de instrumento n. 2013.081246-7, indeferindo o efeito suspensivo postulado pela associação agravante.

Às fls. 478-481, o Município de Itajaí comprovou o cumprimento da decisão de fls. 382-388, informando que não houve expedição de

nenhuma licença, alvará, consulta prévia, bem como nenhum outro ato administrativo ou outorga onerosa com base nas leis complementares discutidas nos autos.

Atendendo ao pleito da parte autora, de fl. 525, o Município de Itajaí trouxe aos autos um CD contendo as audiências públicas realizadas por ocasião dos estudos para elaboração da LCM n. 215/2012, o projeto da orla de 2004, estudo de capacidade de carga referente à Praia Brava, cópia da proposta de parâmetros urbanísticos para a região da Praia Brava e estudo de insolação (fls. 528-547).

O autor se manifestou acerca das defesas elaboradas pela parte requerida às fls. 548-551 e verso, arrematando pelo julgamento antecipado da lide, pleito que não encontrou resistência pelos requeridos (fls. 554 e 562).

Transladada às fls. 555-561 cópia da decisão colegiada que deu provimento ao agravo de instrumento n. 2013.060952-3, para admitir o ingresso da associação agravante nos autos em epígrafe.

Muito embora ainda não encartado aos autos, este juízo teve conhecimento do julgamento colegiado proferido no recurso de agravo de instrumento n. 2013.081246-7, o qual desconstituiu a decisão liminar agravada.

Vieram os autos conclusos.

É o relato necessário.

II - FUNDAMENTAÇÃO:

Trata-se de ação civil pública que pretende a declaração de nulidade de artigos das Leis Complementares Municipais n. 214/2012 e 215/2012, relativos à Zona Especial Ambiental - ZEA, bem como seja o Município de Itajaí obrigado a apresentar estudo ambiental e urbanístico específico para a Macrozona de Proteção Ambiental localizada no canto norte da Praia Brava, em especial abrangendo a Zona Especial Ambiental - ZEA e o Canto do Morcego, e a Câmara de Vereadores obrigada a

deliberar sobre a matéria por meio de audiências públicas, observando as disposições legais e regimentais pertinentes.

Inexistindo questão processual a ser dirimida, passa-se à apreciação de mérito.

É caso de julgamento antecipado da lide, à luz do que dispõe o art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil, pois as provas existentes nos autos são suficientes para fomentar o convencimento deste juízo acerca da presente decisão, sendo despiciendas quaisquer outras. Ademais, gize-se, por oportuno, que as partes manifestaram sua aquiescência com o julgamento antecipado da lide.

Nesse sentido, da jurisprudência:

O juiz de direito não afronta a Carta Magna nem o Código de Processo Civil, por cerceamento de defesa, ao antecipar o julgamento da lide, deixando de lado a intenção da parte de realizar novas provas, se for de seu entendimento que os contendores puseram-lhe à vista documentos suficientes à formação de seu convencimento, tornando-o apto ao desenlace da questão. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.078807-4, Segunda Câmara de Direito Civil, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, DJ 25/11/2011).

E ainda:

APELAÇÃO CÍVEL - NULIDADE DA SENTENÇA - JULGAMENTO ANTECIPADO - AUSÊNCIA DE OPORTUNIDADE PARA PRODUÇÃO DE PROVAS - DESNECESSIDADE, NA ESPÉCIE - MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO - MATÉRIA FÁTICA DEVIDAMENTE COMPROVADA NOS AUTOS - PRELIMINAR AFASTADA. Existindo nos autos elementos suficientes para o convencimento do julgador, sobretudo quando a lide versar sobre matéria exclusivamente de direito e os fatos forem incontroversos nos autos, não há falar em nulidade da sentença pela ausência de oportunidade para produção de provas, se o Magistrado procede ao julgamento prematuro da lide (art. 330, I, do CPC).(…).(TJSC, Apelação Cível n. 2007.036028-2, de Xanxerê, rel. Des. Rui Fortes, j. 15-09-2009).

O cerne da questão em debate gira em torno da averiguação da existência de ilegalidades em artigos das LCMs n. 214/2012 e 215/2012.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a legalidade e/ou constitucionalidade das citadas leis, direta ou indiretamente, já foram postas sob o exame do Poder Judiciário.

Uma das primeiras ações ventilando o enfrentamento das leis em comento foi proposta neste juízo e autuada sob o n. 033.13.000532-3.

Tratava-se de ação popular que pretendia a suspensão dos efeitos das sessões extraordinárias da Câmara de Vereadores dos dias 21 e 31 de dezembro de 2012, datas em que foram submetidas à análise e aprovação as LCMs n. 214/2012 e 215/2012. O intuito era que referidos projetos de lei e de codificação retornassem novamente para o Legislativo Municipal, a fim de que fossem analisados de acordo com os preceitos e prazos regimentais/legais, assegurando-se a participação dos munícipes e representações partidárias.

Não obstante tenha sido deferida a medida liminar – determinando a suspensão dos efeitos das sessões extraordinárias da Câmara Municipal de Vereadores de Itajaí dos dias 21 e 31 de dezembro de 2012, em consequência os efeitos das LCMs n. 214/2012 e 215/2012 – o provimento de mérito foi no sentido de reconhecer a improcedência dos pedidos formulados, uma vez que assentou inexistir ilegalidade no ato de aprovação das citadas leis ou prova de lesividade ao patrimônio público.

Inconformados com a decisão de improcedência, os autores da ação popular interpuseram recurso de apelação cível, autuado sob o n. 2013.032907-2, em trâmite na Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sob a relatoria do Des. Pedro Manoel Abreu.

Outro processo versando sobre as LCMs n. 214/2012 e 215/2012 é o da ação direta de constitucionalidade n. 2013.032287-2, em trâmite no Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e igualmente sob a relatoria do Des. Pedro Manoel Abreu. Na demanda, em síntese, alega-se que na confecção das leis atacadas foram desobedecidos pre-

ceitos previstos na Constituição Estadual, que asseguram a ampla participação e representação das entidades comunitárias. Defenderam-se, ademais, vícios formais no processo legislativo, por inobservância de dispositivos do Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Itajaí e vícios materiais.

Neste juízo também foram interpostos diversos mandados de segurança questionando a suposta inobservância pelo Município de Itajaí ao que dispõe o art. 83¹ da LMC n. 215/2012.

Nos *writs*, empresas do setor da construção civil afirmaram que tal dispositivo teria validado o direito de construir com base em diretivas de consultas prévias deferidas com amparo na Lei Municipal n. 2.543/1989.

A questão, após a devida análise, foi resolvida pela improcedência das ordens de segurança pleiteadas, interpretando a norma em vista à doutrina e jurisprudência, afirmando pela inexistência do alegado direito adquirido e violação a direito líquido e certo. Na ocasião, esclareceu-se que, embora a nova lei tenha trazido uma ressalva em seu art. 83 no tocante à validade da consulta prévia realizada na vigência da lei anterior, não conferiu ao detentor desta o direito de construir de acordo com diretrizes não mais vigentes, pois a validade dependeria de sua adequação e aprovação.

Como exemplo, podem ser citados os autos n. 033.13.010575-1 e 033.13.012712-7, que, após sentenciados, foram questionados por meio dos recursos de apelações cíveis, autuados, respectivamente, sob os n. 2014.021743-3 e 2014.049749-5, que aguardam pelo julgamento colegiado.

Além dessas ações diretamente vinculadas com as leis em análise, oportuno registrar que este juízo tem se deparado com diversos problemas envolvendo questões de ordem urbanístico-ambientais e de enfren-

¹ “Art. 83. As consultas de viabilidade já expedidas pela legislação anterior terão validade de 6 (seis) meses a contar da data da expedição”

tamento legal para as construções civis nesta cidade, a qual desponta em crescimento, sendo, por isso, de extrema relevância a ação proposta.

Ademais, especificamente com relação à Praia Brava, tramitam nesta unidade as ações judiciais relacionadas aos empreendimentos imobiliários Brava Beach (autos n.033.12.019438-7), Brava Home (autos n. 033.14.010125-2) Bravíssima (autos n. 033.13.015168-0 e 033.13.017284-0), por exemplo, que repercutiram no direcionamento que o Município de Itajaí pretende dar à expansão urbana.

Oportuno destacar a ponderação do Des. Pedro Manoel Abreu, ao analisar uma dessas ações sobre questões urbanísticas no Município de Itajaí, extraída do recurso especial n. 302906/SP, da lavra do Min. Herman Benjamin do Superior Tribunal de Justiça:

O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável (STJ, Min. Herman Benjamin). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.062408-6, Terceira Câmara de Direito Público, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 04.09.2012).

Ainda, a respeito do assunto, tratando da expansão urbana no litoral, cita-se o texto extraído de *e-book* da universidade local (Univali), relevando a importância da ordem urbana nas costas do Brasil, onde se inclui o Município de Itajaí:

A busca pelos espaços costeiros muitas vezes resulta no conflito de interesses particulares e privados com os ambientais. Como destaca Andriquetto Filho:

Talvez como resultado de tudo, a zona costeira é caracterizada pela competição intensa por recursos e espaços terrestres e marinhos, por vários grupos de interesse, o que frequentemente resulta em conflitos severos e destruição da integridade funcional do sistema de recursos.

Segundo Moraes a área é visualizada como suporte da crescente urbanização e desenvolvimento de importantes zonas industriais, comerciais e turísticas, que devido às suas belezas paisagísticas é constatada uma forte tendência à diversificação do uso e ocupação do solo.

Assim, a ocupação desordenada desse espaço costeiro é, sem dúvida, uma preocupação, e já é destacada pelo Ministério do Meio Ambiente, no já denominado Projeto Orla, sendo relevante não somente em vista dos fatores paisagístico, mas também devido aos interesses econômicos e sociais.

Como alerta Antunes:

A costa brasileira, por força de expressa disposição constitucional (art. 225, §4º), é um espaço territorial submetido a regime especial de proteção. Justifica-se esta determinação constitucional, pois desde os primórdios da colonização portuguesa tem sido muito intensa a pressão exercida sobre os ecossistemas costeiros. Relembre-se que a maior parte da população brasileira está assentada ao longo do litoral; dos dezessete estados que são banhados pelo mar, quatorze possuem suas capitais no litoral. A enorme extensão do litoral brasileiro faz com que ali se encontre toda uma grande variedade de ecossistemas.

Diegues considera que é fundamental que o Estado tenha um projeto de regulamentação do uso desse espaço, levando em conta as vocações naturais desse ecossistema, sem perder de vista a produção de alimentos, a preservação ambiental, a recreação e a melhoria de condições de vida das populações que vivem nesse meio. Compreende-se que nesse norte devem ser aplicadas as legislações correlatas à adequação desse espaço. Assim, a concentração urbana, motivada por diversos fatores já citados, faz com que a busca por espaços no litoral se dê de forma intensa e competitiva, atraindo a especulação imobiliária, que busca infundir empreendimentos multifamiliares com maior aproveitamento de espaço possível, os condomínios verticais e horizontais. Essas construções, se não estiverem bem ordenadas, podem provocar uma série de problemas urbano-ambientais. As construções verticais afetam diretamente a paisagem e um dos problemas desse

tipo de construção é o sombreamento. Os condomínios horizontais também podem ser um problema nas zonas costeiras. Como comenta Sposito, esse tipo de instalação provoca o aparecimento de áreas que não se ligam pelo fluxo normal das malhas viárias das cidades, criando pontos isolados e separados do entorno por muros. Assim, essa forma de ocupação urbana feriria dois dos princípios fundamentais das cidades: unidade e integração socioespacial.

(...)

Por isso a ocupação ordenada dos espaços, sob a fiscalização dos municípios, é tão importante, a fim de que se busque a devida ordenação urbanística em vista à sustentabilidade, diretamente ligada à qualidade de vida dos municípios, em busca sempre da minimização dos impactos ambientais". (Governança Transnacional e Sustentabilidade volume II. Organizadora GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Alunos colaboradores. Itajaí, Univali, 2014. p. 65-66. Disponível em <http://www.univali.br/ppcj/ebook>).

E quando se fala em sustentabilidade, o paradigma do direito deve ir ao encontro da qualidade de vida. Acima de qualquer norma deve estar a dignidade humana, diretamente ligada à organização social, onde se incluem as conformações urbanas. Como apregoa o especialista Gabriel Real Ferrer², para quem:

A sustentabilidade supõe a vontade de introduzir as mudanças necessárias em nossos modos de vida e na organização social para que a espécie humana possa perpetuar-se indefinidamente em condições mais dignas. Esse é o novo paradigma da sustentabilidade. (FERRER, Gabriel Real. *Teoría general de la sostenibilidad y competencias de la Unión. La sostenibilidad em los tratados*. Alicante-ES. Universidad de Alicante, maio de 2014, ideia traduzida de uma de suas palestras aos doutorandos da Universidade do Vale do Itajaí).

Vencido o introito, destaca-se que o Ministério Público, em sua exordial, relata que artigos das LCMs n. 214/2012 e 215/2012, em re-

² "la sostenibilidad persigue la pervivencia de la sociedad humana en unas determinadas condiciones de dignidad?, aduzindo mais adiante que a mesma ?nace con los Objetivos del Milenio com los que se pretende hacer frente a lós principales desafios comunes, en el contexto de una nueva 'alianza mundial para el desarrollo"

lação à Zona Especial Ambiental - ZEA, afrontariam diretamente dispositivos da Lei Orgânica do Município, Plano Diretor do Município (LCM n. 94/2006) e Lei Federal n. 10.257/2001, ponderações estas que se confirmaram na análise minuciosa do caso.

Vejamos. Da incursão pelos citados diplomas legais, infere-se que a Lei Orgânica do Município, em seu art. 114, dispõe que:

Art. 114 - O Município elaborará seu Plano Diretor que conterà o conjunto de normas e diretrizes que orientem o processo de transformação do espaço urbano e da organização territorial, respeitadas as suas peculiaridades e disporá sobre:

I - a delimitação e o zoneamento das áreas urbanas e rurais;

(...)

E, no § 2º do art. 124, que:

Art. 124 - A lei disporá sobre a forma de participação e colaboração dos segmentos sociais e das comunidades diretamente interessadas no planejamento, acompanhamento e controle da política urbana.

§ 1º - A alteração do zoneamento e das condições de aproveitamento do solo dependerá do efetivo cumprimento do disposto no *caput* deste artigo.

§ 2º - A alteração do zoneamento deverá ser precedida de um estudo de impacto ambiental.(grifou-se).

A Lei Complementar Municipal n. 94/2006 – que instituiu o Plano Diretor de Gestão e Desenvolvimento Territorial de Itajaí – diz sobre a dependência desta lei às políticas de gestão municipais, às disposições constitucionais e às normas infraconstitucionais federais, sendo, o plano de zoneamento, delas dependente. A respectiva lei municipal define o macrozoneamento de Itajaí e onde caberia a outorga onerosa. Vejamos:

Art. 1º A política de gestão e desenvolvimento territorial de Itajaí, observado o disposto no art. 182, § 1º, Capítulo II da Política Urbana da Constituição Federal; no Estatuto da Cidade, Lei Federal nº 10.257 de 10 de julho de 2001, e na Lei Orgânica do Município de Itajaí, será implementada de acordo com o conteúdo desta Lei, denominada Plano Diretor de Gestão e Desenvolvimento Territorial de Itajaí.

(...)

Art. 4º O Plano Diretor de Gestão e Desenvolvimento Territorial de Itajaí foi concebido a partir da compreensão da totalidade do território do Município, incluindo suas áreas urbanas e rurais.

Art. 5º O Código de Zoneamento e Uso do Solo, o Código de Mobilidade, o Código de Parcelamento da Terra, o Código de Edificações e o Código de Posturas são leis complementares a este Plano Diretor.

(...)

Art. 94. Para orientar o ordenamento e a gestão territorial do Município de Itajaí serão definidos:

I - o Macrozoneamento;

II - o Zoneamento.

Art. 95. O macrozoneamento tem por finalidade definir diretrizes para orientar o desenvolvimento de acordo com as características físicas, sociais, culturais, econômicas e ambientais de cada região de forma a promover o desenvolvimento harmônico do município e o bem estar de seus habitantes, sendo dividido em sete macrozonas:

I - MZA - Macrozona Agrícola, destinada prioritariamente às atividades agropecuárias;

II - MZUE - Macrozona de Ocupação Especial;

III - MZU - Macrozona Urbana, destinada prioritariamente aos diversos usos urbanos;

IV - MZPA - Macrozona de Proteção Ambiental, destinada a usos de baixo impacto que não conflitem com a preservação ambiental e cultural à preservação ambiental permanente, conforme definição do Zoneamento;

V - MZTRA - Macrozona de Transição Rural - Ambiental, destinada à atividade agrícola de baixo impacto ambiental e cultural, respeitando a fragilidade de seus terrenos;

VI - MZTRU - Macrozona de Transição Rural - Urbana, destinada à atividade agrícola, mas com tolerância para a atividade residencial e outros usos urbanos associados.

Art. 96. O zoneamento estabelece áreas diferenciadas de uso e ocupação do solo, visando dar a cada região a utilização mais adequada, seguindo as determinações do macrozoneamento.

Art. 97. A delimitação do Zoneamento espacial, bem como os parâmetros de uso e ocupação do solo, por meio de índices urbanísticos, serão definidos no Código de Zoneamento e Uso do Solo, com aprovação do Conselho de Gestão e Desenvolvimento Territorial.

Parágrafo único. O Centro Histórico e as áreas de interesse de preservação do patrimônio cultural serão objeto de zoneamento específico.

(...)

Art. 114. O Poder Executivo municipal poderá exercer a faculdade de outorgar onerosamente o exercício do direito de construir, mediante contrapartida financeira a ser prestada pelo beneficiário, conforme o disposto nos artigos 28, 30 e 31 da Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 - Estatuto da Cidade e de acordo com os critérios e procedimentos definidos nesta Lei.

(...)

Art. 115. A outorga onerosa do direito de construir tem aplicação na Macrozona Urbana, até os limites estabelecidos na Lei de Zoneamento e Uso do Solo”. (grifou-se)

Enquanto a Lei Federal n. 10.257/2001 – que estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências – prescreve:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – 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;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;

c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;

d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;

e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;

f) a deterioração das áreas urbanizadas;

g) a poluição e a degradação ambiental;

h) a exposição da população a riscos de desastres naturais; (Incluído pela Medida Provisória nº 547, de 2011).

h) a exposição da população a riscos de desastres. (Incluído dada pela Lei nº 12.608, de 2012)

VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;

VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

XVII - estímulo à utilização, nos parcelamentos do solo e nas edificações urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais.

(...)

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2o desta Lei.

Assim, da análise das legislações supra referidas, em especial as municipais, inferem-se importantes premissas para o deslinde da presente *quaestio*, quais sejam:

I – A alteração do zoneamento deverá ser precedida de um estudo de impacto ambiental.

II – A política de gestão e desenvolvimento territorial de Itajaí foi implementada pelo Plano Diretor, que foi concebido a partir da compreensão da totalidade do território do Município, incluindo suas áreas urbanas e rurais.

III – O Código de Zoneamento e Uso do Solo é lei de caráter complementar ao Plano Diretor.

IV – O macrozoneamento tem por finalidade definir diretrizes para orientar o desenvolvimento de acordo com as características físicas, sociais, culturais, econômicas e ambientais de cada região de forma a promover o desenvolvimento harmônico do município e o bem estar de seus habitantes.

V – A Macrozona Urbana (MZU) se destina, prioritariamente, aos diversos usos urbanos; a Macrozona de Proteção Ambiental (MZPA) se destina a usos de baixo impacto que não conflitem com a preservação ambiental e cultural à preservação ambiental permanente.

VI – A outorga onerosa do direito de construir – que pela lei é faculdade do administrador e não obrigação – tem aplicação na Macrozona Urbana, até os limites estabelecidos na Lei de Zoneamento e Uso do Solo.

Partindo para a análise das leis complementares municipais impugnadas, precisamente quanto aos artigos sobre os quais o autor requer a declaração de nulidade, tem-se que a LCM n. 214/2012, que instituiu o instrumento jurídico da outorga onerosa do direito de construir no Município de Itajaí, previu:

Art. 4º Ficam delimitadas as ZU1, ZU2, ZU3, ZU4, ZR1, ZR2, ZR3, ZEA, ZC1, ZC2, ZR, e ZEU da lei que institui o Mapa de Zoneamento do Município de Itajaí, como passíveis de aplicação da Outorga Onerosa do Direito de Construir, observado o seguinte; (...)

E a LCM n. 215/2012 – que institui normas para o Código de Zoneamento, Parcelamento e Uso do Solo no Município de Itajaí – assim dispôs:

SEÇÃO II

DA MACROZONA URBANA

Art. 31 A delimitação da Macrozona Urbana tem como objetivos:

(...).

Parágrafo Único - Subdivide-se em:

(...)

VI - ZRE - Zona Especial Ambiental³

(...)

SUBSEÇÃO VIII

ZEA - ZONA ESPECIAL AMBIENTAL

Art. 39 Área em região urbana litorânea, possuindo restrições quanto aos seus usos e parâmetros construtivos, aos quais estão definidos de acordo com anexos I e III.

Pois bem. Do cotejo analítico entre as LCMs n. 214/2012 e 215/2012 com a Lei Orgânica do Município, Plano Diretor do Município e Lei Federal n. 10.257/2001, depreende-se que razão assiste ao autor da ação no tocante às ilegalidades apontadas. Veja-se:

A primeira incompatibilidade legal arguida na inicial – que diz respeito à alegada ausência de prévia realização de Estudo de Impacto Ambiental - EIA para o devido enquadramento da zona em questão, por ocasião da discussão da LCM n. 215/2012 – ficou confirmada nos autos, exigência esta estampada no art. 124, §2º, da Lei Orgânica do Município citada acima.

A exigência de EIA não é só da norma municipal, é recomendada pela doutrina. Comenta-se, em obra em homenagem ao doutrinador Gabriel Real Ferrer, que há a necessidade de avaliações estratégicas pelo Mu-

³ Observa-se a existência de erro material na edição da lei, pois a sigla ZRE deve ser lida como ZEA, conforme disposto no art. 39.

nicípio, inclusive do estudo de impacto ambiental como direcionamento ao plano urbanístico, expondo-se:

(...) o conceito de Avaliação Ambiental Estratégica não deve se confundir com a ideia de Avaliação de Impactos Ambientais – AIA (...) Neste diapasão, Souza diz que a Avaliação Ambiental Estratégica “é a face da ‘avaliação de impacto ambiental’ que pode, no caso da realidade institucional brasileira, exercer importante papel no processo de desenvolvimento na maneira de se fazer avaliação de impacto ambiental” e, complementa que: “sobretudo, no uso da avaliação de impacto ambiental como instrumento de direcionamento do planejamento urbano”. (*Lineamentos sobre Sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer*. Organizadora: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de. Itajaí, Univali, 2014, p. 24. Colaboradores: MAFRA, Juliete Ruana e outros. Disponível em <http://www.univali.br/ppcj/e-book>). (grifou-se).

O ente federado admite em sua “manifestação”, à fl. 220, o equívoco no enquadramento da Zona Especial Ambiental - ZEA nos limites da Macrozona Urbana - MZU, sendo totalmente omissa, em referida abordagem contestatória, quanto à realização do citado estudo de impacto ambiental. E em nenhum momento nos autos fez-se prova de que tal estudo precedeu a caracterização dos parâmetros construtivos para a região em questão, ônus que cabia ao Ente Público requerido, nos termos do art. 333, inciso II, do CPC. Ademais, seria possível a inversão do ônus probatório em se tratando de demanda ambiental, pelo respeito aos princípios da precaução e prevenção.

Daí se infere, portanto, a flagrante ilegalidade da alteração do zoneamento realizada por meio da LCM n. 215/2012, decorrente da inobservância do disposto no art. 124, § 2º, da Lei Orgânica do Município, na medida em que o Município de Itajaí deixou de realizar o Estudo de Impacto Ambiental - EIA, o que se mostra ainda mais relevante em se tratando da área em questão, a qual, como observado preambularmente, possui relevante importância no contexto Itajaiense.

As incompatibilidades legais fulcradas na violação ao Plano Diretor do Município e, por via de consequência, à Lei Federal n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), de onde aquele retira validade, também restaram configuradas.

O canto norte da Praia Brava – de acordo com o disposto no art. 95, inciso IV, da Lei n. 94/2006, Plano Diretor do Município – está inserido na Macrozona de Proteção Ambiental - MZPA e se destina a usos de baixo impacto que não conflitem com a preservação ambiental e cultural à preservação ambiental permanente.

Já a LCM n. 215/2012, por meio dos arts. 31, parágrafo único, inciso VI, e 39 – embora sob a classificação de Zona Especial Ambiental – enquadrou o canto norte da Praia Brava como Macrozona Urbana - MZU, destinada prioritariamente aos diversos usos urbanos.

Para melhor visualização do que de fato ocorreu com a edição da LCM n. 215/2012, como já foi feito na apreciação liminar, colacionam-se abaixo os mapas comparativos, pelos quais é possível constatar que a Macrozona de Proteção Ambiental - MZPA abrange a Zona Especial Ambiental - ZEA. Veja-se⁴:

⁴ <http://novo.itajai.sc.gov.br//mapa#.VC5G9-PIatY>

Mapa do Macrozoneamento da
LC n. 94/2006



Mapa anexo à LC n. 215/2012



Ainda, por meio do “google maps”, é possível a visualização do estado de desenvolvimento e real situação da região como todo dentro do Município de Itajaí.



Diante das imagens, constata-se que a Zona Especial Ambiental –

inclusa pela LCM n. 215/2012 como Macrozona Urbana (art. 31, inciso VI) – também está inserida na Macrozona de Proteção Ambiental.

Da leitura dos artigos de lei mencionados, pode-se concluir que os parâmetros de uso e ocupação estabelecidos para Macrozona Urbana, na qual foi inserida a Zona Especial Ambiental (art. 31, parágrafo único, inciso VI, da LCM n. 215/2012), são incompatíveis com as finalidades de uso disciplinadas pela LCM n. 94/2006, em seu art. 95, inciso IV, para a Macrozona de Proteção Ambiental.

Ademais, não se pode perder de vista que a LCM n. 215/2012, ao instituir o Código de Zoneamento e regulamentar a delimitação do zoneamento e parâmetros de uso e ocupação do solo, ficou subordinada ao Plano Diretor do Município, nos exatos termos art. 5º da LCM n. 94/2006, que assegura o caráter complementar daquele diploma legal.

Daí decorre, portanto, que a LCM n. 215/2012 não poderia ter inovado sobre o que já estava definido pelo Plano Diretor do Município, ainda mais em se tratando de verdadeira alteração de Macrozona de Proteção Ambiental. Vê-se, dessa forma, flagrante extravasamento dos limites e diretrizes previstos pelo Plano Diretor do Município, ao qual a LCM n. 215/2012 tem caráter complementar, e por esta razão não poderia com aquele confrontar.

Destaca-se, outrossim, que a inclusão da Zona Especial Ambiental como Macrozona Urbana também viola o disposto no art. 50, inciso VIII, do Plano Diretor do Município, que assegura que *“a Política Ambiental, articulada com a Política de Gestão e Desenvolvimento Territorial de Itajaí observará as seguintes diretrizes: (...) VIII - estabelecer espaços naturais protegidos e controlar o uso e a ocupação das áreas de preservação permanente estabelecidas pelas leis vigentes, incluindo-se a Macrozona de Preservação Ambiental definida pelo Plano Diretor”*.

Como corolário das ilegalidades perpetradas no enquadramento da

Zona Especial Ambiental como Macrozona Urbana, resta também reconhecer a ilegalidade parcial do disposto no art. 4º da LCM n. 214/2012, que trata da outorga onerosa ou do “solo criado”.

De acordo com o art. 115 do Plano Diretor do Município, *“a outorga onerosa do direito de construir tem aplicação na Macrozona Urbana, até os limites estabelecidos na Lei de Zoneamento e Uso do Solo”*.

Contudo, como visto anteriormente, a Zona Especial Ambiental está equivocadamente inserida na Macrozona Urbana, quando na verdade se trata de área originária da Macrozona de Proteção Ambiental, razão pela qual incompatível com o instituto da outorga onerosa, peculiar da Macrozona Urbana (art. 115 da LCM n. 94/2006).

Ademais, ainda nesse aspecto, cumpre destacar que, de acordo com o art. 28 da Lei n. 10.257/2001, a outorga onerosa é uma faculdade e não um dever do município. Outrossim, sua contrapartida será aplicada com finalidades sociais, refletindo na infraestrutura urbana (art. 26 da Lei n. 10.257/20010).

Ante o exposto, vê-se que o grosseiro equívoco de considerar a Zona Especial Ambiental como Macrozona Urbana desencadeou a celeuma discutida nos autos.

Embora o Município de Itajaí, em sua “manifestação” de fls. 216-221, tenha confessado a falha da inserção Zona Especial Ambiental nos limites da Macrozona Urbana – em desacordo com o estabelecido pelo Plano Diretor do Município – não há nos autos nenhuma prova no sentido de que o requerido tenha reeditado as disposições legais referentes ao zoneamento municipal por meio do Conselho Municipal de Gestão e Desenvolvimento Territorial, a quem compete tal análise nos termos dos arts. 97 e 159 do Plano Diretor do Município.

Desde o protocolo de sua “manifestação” (em 02.07.2013 - fl. 213), já transcorreu mais de um ano sem que se tenha notícia de iniciativa de revisão do zoneamento. Se assim o tivesse feito, o requerido além de garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações (art. 225, *caput*, da CF), colocaria fim peremptoriamente ao caso *sub examen*.

Contudo, ao manter-se inerte, o Município de Itajaí assiste passivamente aos riscos ambientais que podem advir da exploração urbana desconforme e contrária às diretivas próprias da Macrozona de Proteção Ambiental, relegando na política de gestão territorial o dever de observar a sustentabilidade ambiental, conforme preconiza o seu Plano Diretor (art. 6º, inciso III, vide nota⁵).

Vencida a análise das ilegalidades apontadas, cumpre agora o exame da viabilidade do pedido e da via processual eleita pelo autor, qual seja, a declaração de ilegalidade por meio de ação civil pública.

Em síntese, o Ministério Público lastreia seus argumentos jurídicos em precedente do Superior Tribunal de Justiça, que traz o entendimento de que “*leis municipais relativas a limites de zoneamento e equipamentos urbanos têm natureza formal de lei e natureza material de ato administrativo, submetendo-se a controle jurisdicional de legalidade*”. (AGRG na MC n. 15.988/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 09.02.2010).

Da detida análise dos argumentos da jurisprudência em questão, vê-se que se encontra presente a possibilidade jurídica ao pedido.

⁵ Art. 6º A política de gestão territorial de Itajaí observará os seguintes princípios fundamentais:

I - respeito às funções sociais da cidade;

II - respeito à função social da propriedade;

III - sustentabilidade social, econômica e ambiental;

IV - gestão democrática por meio da participação da sociedade civil nos processos de decisão, planejamento e gestão;

V - fortalecimento do setor público, recuperação e valorização das funções de planejamento, articulação e controle;

VI - preservação do patrimônio cultural local, como forma de garantia da qualidade de vida.

Inferem-se das LCMs n. 214/2012 e 215/2012, respectivamente, que:

Art. 1º Fica instituído o instrumento jurídico da outorga onerosa do direito de construir no Município de Itajaí, que regula o uso do solo, segundo o qual um empreendedor pode construir acima do coeficiente fixado em lei, desde que adquira este direito junto ao Município. (grifou-se)

Art. 1º O uso, a ocupação e o parcelamento do solo para fins urbanos, rurais e de preservação no Município de Itajaí, serão regidos por esta lei complementar, em conformidade com as determinações da Lei Orgânica e com as diretrizes estabelecidas no Plano Diretor de Gestão e Desenvolvimento Territorial, observadas no que couber, as disposições da legislação federal e estadual pertinentes. (grifou-se)

Ao regular o “uso, a ocupação e o parcelamento do solo para fins urbanos”, o Município de Itajaí o faz com amparo no art. 30, inciso VIII, da Constituição Federal, uma vez que a competência para legislar sobre direito urbanístico é atribuída concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 24, inciso I, da CF). Veja-se:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

(...)

Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

Em razão de seu caráter complementar (art. 5º da LCM n. 94/2006 – Plano Diretor), o Código de Zoneamento (LCM n. 215/2012) tem como condão detalhar as diretrizes do Plano Diretor do Município e regulamentar normas e índices urbanísticos que conformam a propriedade do solo urbano. No mesmo viés, a lei da outorga onerosa (LCM n. 214/2012).

Assim, nota-se que as LCMs n. 214/2012 e 215/2012 têm o mesmo conteúdo normativo da LCM n. 94/2006, apenas disciplinando minúcias não tratadas pelo referido Plano Diretor Municipal.

Aqui, oportuno fazer referência à doutrina de Victor Carvalho Pinto, o qual disserta sobre a natureza jurídica do plano diretor, ensinando que:

As normas do plano diretor não apresentam, no entanto, natureza jurídica de lei em sentido material. Esta caracteriza-se pelos atributos de generalidade e abstração, ou seja, deve estabelecer normas iguais para um conjunto de situações jurídicas indeterminadas. Isto não é o que se espera do plano diretor, que, como visto, determina concretamente o direito de construir de cada terreno em particular e localiza as áreas destinadas a futuras obras públicas.

É importante notar que a Constituição não define o instrumento jurídico formal pelo qual a Câmara Municipal aprova o plano diretor. Ela limita-se a estabelecer sua “aprovação” pelo Legislativo local. Poder-se-ia mesmo entender que este instrumento não é a lei, uma vez que esta não decorre da vontade exclusiva do Legislativo, mas da conjugação desta com a do Executivo, por meio do instituto da sanção.

Cumpra ainda esclarecer que a edição do plano diretor não é feita no exercício da competência para legislar sobre direito urbanístico. Esta é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 24, I). O Município pode legislar sobre direito urbanístico apenas para suplementar a legislação federal e estadual (art. 30, II). A competência para edição do plano diretor é privativa do Município e corresponde diz respeito à “promoção de adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII). Até a edição da Constituição, esta distinção entre “legislar sobre direito urbanístico” e “promover ordenamento territorial” não era necessária. Considerava-se que o estabelecimento pelo Município de índices urbanísticos, por meio de “planos diretores”, “leis de uso do solo” ou “leis de zoneamento” era feito no exercício da competência para dispor de assuntos de seu “peculiar interesse”. “Legislar sobre direito urbanístico” significa estabelecer normas gerais e abstratas (lei material), enquanto “promover ordenamento territorial” diz respeito ao estabelecimento concreto de limitações ao direito de propriedade, por meio de índices urbanísticos.

Não se pode confundir o instrumento de aprovação do plano diretor com sua natureza jurídica. O Estatuto da Cidade definiu a lei (formal) como o ato jurídico pelo qual o plano é aprovado (art. 40). Neste aspecto, nada mais fez que consagrar a tradição brasileira. Sua natureza jurídica não é, entretanto, a de lei material, por faltar-lhe as características de generalidade e de abstração.

Sustentamos, no entanto, que o plano diretor não precisa ser enquadrado nos conceitos tradicionais do direito constitucional e administrativo, uma vez que a Constituição reconheceu a existência do direito urbanístico como um ramo autônomo do direito (art. 24, I). Este fato tem dimensão não apenas teórica, mas prática, na medida em que, considerado como especialidade do direito administrativo, o direito urbanístico enquadrar-se-ia como uma dimensão do poder de polícia, cuja competência legislativa é exclusiva do próprio ente federativo competente para exercê-lo. Como ramo autônomo, o direito urbanístico apresenta princípios e institutos próprios, que não se confundem com os do direito administrativo.

Neste sentido, consideramos que a natureza jurídica do plano diretor é a de plano urbanístico, na qual se incluem, por exemplo, o projeto de loteamento (arts. 6º a 17 da Lei 6.766/79) e o plano de operação urbana consorciada (art. 33 do Estatuto da Cidade). A caracterização dos planos urbanísticos como uma modalidade própria de ato jurídico é defendida por Forsthoff. Para este autor, o plano não é lei, uma vez que não é abstrato, mas extremamente concreto e não é ato administrativo, porque não regula a situação do indivíduo, mas impõe uma ordem que ultrapassa o quadro dos interesses individuais.

Para efeito de controle de legalidade, pode-se qualificá-lo como uma “lei de efeitos concretos”, ato jurídico que, a despeito de ser veiculado por lei, não apresenta características generalidade e abstração:

“Por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais; as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie. Tais leis ou decretos nada têm de normativos; são atos de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de lei ou de decreto por exigências administrativas. Não contêm mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de

conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandado de segurança”.

Neste sentido, o plano diretor pode ser impugnado pelos instrumentos processuais voltados para o controle dos atos administrativos – mandado de segurança, ação popular e ação civil pública. (grifou-se)

(FREITAS, José Carlos de (Coordenador). *Regime jurídico do plano diretor. Temas de Direito Urbanístico*. 3 ed. São Paulo: Ministério Público/Imprensa Oficial, 2001, p. 420-422).

Portanto, ao promover o ordenamento territorial por meio das leis combatidas, o Município de Itajaí agiu concretamente estabelecendo limitações ao direito de propriedade, por meio de índices urbanísticos. Daí decorre, portanto, que citadas leis não possuem os atributos de generalidade e abstração. Nesses termos, pode-se afirmar que as LCMs. n. 214/2012 e 215/2012 são típicas normas de efeitos concretos, podendo ser classificadas como atos administrativos revestidos sob a forma de lei, inserindo-se assim como verdadeiros programas de desenvolvimento urbano.

Ou seja, por se tratarem de leis tão somente em sentido formal e não em sentido material, as LCMs n. 214/2012 e 215/2012 atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos, razão pela qual se expõe ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Conceituando leis de efeitos concretos, Hely Lopes Meirelles leciona que:

Por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembroam distritos, as que concedem isenções fiscais, as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, as que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie. Tais leis ou decretos nada têm de normativos; são atos de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto por exigências administrativas. Não contêm mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer ato administrativo

de efeitos específicos, individuais ou coletivos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandado de segurança.

Em geral, as leis, decretos e demais atos proibitivos são sempre de efeitos concretos, pois atua, direta e imediatamente sobre seus destinatários”. (grifou-se)

(MEIRELES, H. L. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32 ed. São Paulo: Editora Malheiros. p. 33-35).

Na jurisprudência de nossos tribunais superiores, também se encontra a conceituação em estudo:

Agravo regimental. - O artigo 2º, II, da Medida Provisória 1887-43, não é ato de efeito concreto, mas ato normativo de autorização de prorrogação excepcional, até certa data (no caso, 30 de junho de 1999), de quaisquer contratos em curso celebrados para combate a surtos endêmicos de que trata o art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.745, de 1993. Como ato de autorização genérica que exige, para sua concretização individualizada, atos de autoridades administrativas várias no âmbito de sua competência para celebração desses aditivos contratuais, não pode ser evidentemente ato de efeito concreto que só ocorre quando lei ou decreto trazem consigo mesmos efeitos concretos imediatos, como, por exemplo, leis que concedem pensão a determinada pessoa ou que aprovam planos de urbanização, sem a necessidade, portanto, para alcançar seu fim, de atos administrativos posteriores de individualização específica. Só por isso não seria cabível o presente mandado de segurança, em face do teor da súmula 266 desta Corte. - Tendo, porém, o ora agravante formulado seu pedido sob o aspecto de omissão do Presidente da República em haver impedido a prorrogação desses contratos, para que a segurança fosse concedida a fim de compelir S. Ex^a. a editar nova Medida Provisória determinadora da prorrogação pretendida, o despacho que lhe negou seguimento se adstringiu a não ser o mandado de segurança o instrumento adequado para a declaração de inconstitucionalidade por omissão, nem poder o Judiciário compelir o Presidente da República à iniciativa, que lhe é exclusiva e discricionária, de edição de Medida Provisória. Agravo a que se nega provimento. (STF, MS 23493 AgR / DF, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, DJ 19.11.1999). (grifou-se)

E:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ESTADO DE SÃO PAULO - LEI N. 7.210/91 - DOAÇÃO DE BENS INSERVIVEIS E/OU EXCEDENTES A ENTIDADE DE DIREITO PRIVADO - ATO MATERIALMENTE ADMINISTRATIVO - IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - NÃO CONHECIMENTO. - Objeto do controle normativo abstrato, perante a Suprema Corte, são, em nosso sistema de direito positivo, exclusivamente, os atos normativos federais ou estaduais. Refogem a essa jurisdição excepcional de controle os atos materialmente administrativos, ainda que incorporados ao texto de lei formal. - Os atos estatais de efeitos concretos - porque despojados de qualquer coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata - não são passíveis de fiscalização jurisdicional, “em tese,” quanto a sua compatibilidade vertical com o texto da Constituição. Lei estadual, cujo conteúdo veicule ato materialmente administrativo (doação de bens públicos a entidade privada), não se expoe a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta. (STF, ADI 643, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJ 03.04.1992). (grifou-se)

No corpo do acórdão acima, ainda, infere-se que:

Não se tipificam como normativos os atos estatais desvestidos de abstração, generalidade e impessoalidade.

(...)

“As chamadas leis e os atos denominados decretos de efeito concreto” – que veiculam o específico resultado pretendido, que lhe é ínsito – “têm, na realidade, corpo de lei e alma de ato administrativo.” (grifou-se)

Portanto, dado o já referido carácter de leis de efeitos concretos, as mesmas LCMs n. 214/2012 e 215/2012 podem ser questionadas na sua (i) legalidade, ante a compatibilização com leis municipais e federais temáticas, por meio dos mesmos instrumentos que são aptos a impugnar os atos administrativos, dentre eles a ação civil pública, prevista na Lei n. 7.347/94.

Ademais, na jurisprudência pátria, encontram-se precedentes considerando leis de zoneamento e uso do solo como de efeitos concretos, tuteladas pela via processual da ação civil pública:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER ANÁLISE, APROVAÇÃO OU PERMISSÃO DE EMPREENDIMENTOS OU OBRAS NAS ÁREAS DE QUE TRATA A LEI MUNICIPAL N. 10.617 DE 15.09.2000.

VÍCIOS FORMAIS NO PROCESSO LEGISLATIVO. LESÃO A PADRÕES URBANÍSTICOS. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA ACÓRDÃO POR MAIORIA. EXTINÇÃO DO FEITO (ART. 267, VI, DO CPC). EMBARGOS INFRINGENTES. CABIMENTO. TERCEIRO PREJUDICADO. LEGITIMIDADE. (STJ, AgRg na MC n. 15.988, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 09.02.2010)

Da fundamentação do acórdão, colhe-se que:

No tocante à adequação da via processual, são leis de efeitos concretos as que trazem em si “o resultado específico pretendido, tais como as leis que fixam limites territoriais, as leis aprovam planos de urbanização... Tais leis só o são em sentido formal, visto que materialmente se equiparam aos atos administrativos”. Não contém mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta, mas atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandado de segurança ou por ação popular (Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública, 11a Ed. RT, 1987, p. 15 e 93), ou, ainda, acrescenta-se, por ação civil pública. Leis municipais relativas a limites de zoneamento e equipamentos urbanos têm natureza formal de lei e natureza material de ato administrativo, submetendo-se a controle jurisdicional de legalidade. (grifou-se)

A jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça também partilha do mesmo entendimento:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO FINANCEIRO PELO PODER PÚBLICO À EMPRESA PRIVADA. ATO MATERIALMENTE ADMINISTRATIVO. OFENSA AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEFINIDO PELA LEI ORGÂNICA. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DEVER DE RESTITUIR.

Por incompatibilidade com o processo legislativo definido pela Lei Orgânica Municipal, a lei de efeito concreto - ato administrativo com roupagem de lei - deliberando sobre incentivo financeiro à empresa privada pela Administração, comporta reconhecimento de invalidade, já que não possui os elementos de abstração e generalidade, ensejando, por conseguinte, o dever de restituir as despesas a que deu origem. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.013953-5, Quarta Câmara de Direito Público, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 17-10-2013). (grifou-se)

Dos fundamentos do julgado, extrai-se que:

Nesse prisma, configurada a crise de legalidade entre a Lei n. 2.560/07 e a Lei Orgânica, é de se reconhecer a nulidade do ato, determinando-se, por conseguinte, à empresa beneficiária, que devolva os numerários concedidos para pagamento de seu aluguel, segundo os valores consignados, administrativamente, a título de subvenção ou incentivo econômico.

Outrossim, apenas para ilustrar, ressalta-se que a questão soluciona-se apenas sobre o aspecto da legalidade e não da constitucionalidade, porquanto além da lei em questão ser de efeito concreto, a divergência que enseja sobrevém de seu confronto com a Lei de Orgânica, originando, assim, crise de legalidade e não de constitucionalidade.

Por fim, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, ao julgar um mandado de segurança que muito se assemelha ao caso *sub examen*, é de extrema clareza quanto ao cabimento da ação civil pública para controle da legalidade de leis de efeitos concretos. Veja-se:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. TERCEIRO. CABIMENTO.

SÚMULA Nº 202 DO STJ. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE AÇÃO CIVIL PÚBLICA DECLARANDO NULAS AS LEIS MUNICIPAIS Nºs.5389/2010 E 5.391/2010, QUE ALTERARAM A LEI Nº 3.253/1992, QUE DISPÕE SOBRE O ZONEAMENTO, PARCELAMENTO, USO E OCUPAÇÃO DO SOLO URBANO DO MUNICÍPIO DE SÃO LUIS, POR AUSÊNCIA DE ESTUDOS TÉCNICOS, DE PUBLICIDADE, DE TRANSPARÊNCIA E DE PARTICIPAÇÃO POPULAR EM SEUS PROCESSOS LEGISLATIVOS, RECONHECEN-

DO INCIDENTALMENTE OFENSA À CF, E CONTRARIEDADE AO ESTATUTO DA CIDADE (LEI FEDERAL Nº 10.257/2001) E À LEI MUNICIPAL Nº 4.669/2006, DISCIPLINA O PLANO DIRETOR DO MUNICÍPIO DE SÃO LUIS. LEIS DE EFEITOS CONCRETOS. ALEGAÇÃO DE INADEQUAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SENTENÇA QUE AFETA A ESFERA JURÍDICA DE TERCEIROS, DECLARANDO NULOS OS ATOS PRATICADOS SOB A ÉGIDE DAS DITAS LEIS, ALCANÇANDO OS ALVARÁS DE CONSTRUÇÃO JÁ CONCEDIDOS ÀS EMPRESAS CONSTRUTORAS COM OBRAS EM ANDAMENTO E A COMERCIALIZAÇÃO DE IMÓVEIS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

(...)

2. Considerando que as leis que dispõem sobre o zoneamento, parcelamento, uso e ocupação do solo urbano municipal, são leis de efeitos concretos, não apresentando, pois, características de generalidade e de abstração típicas das demais leis, podem as mesmas ser impugnadas por meio dos instrumentos processuais voltados para o controle da legalidade dos atos administrativos em geral, tais como o mandado de segurança, a ação popular e a ação civil pública, não se podendo ter por inadequado o uso dessa última espécie de ação pelo Ministério Público Estadual para, com base em elementos de provas colhidos em inquérito civil público, pedir a decretação de nulidade de leis dessa natureza por ausência de estudos técnicos, de publicidade, de transparência e de participação popular no curso de seus processos legislativos, ofendendo incidentalmente a CF e em confronto com o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001) e com a Lei que dispõe sobre o plano diretor do próprio município réu".(Mandado de Segurança n. 29167/2012, Câmaras Cíveis Reunidas, Rel. Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto, julgado 05.04.2013).

Cumprida a análise da questão da admissibilidade da via processual eleita, que se mostra correta, resta, derradeiramente, a análise da (im) procedência dos pedidos formulados.

Neste ponto, lembra-se da lição de Juarez Freitas, citada na parte final da sentença da ação popular já mencionada, que tentou invalidar a sessão plenária que aprovou as LCMs n. 214/2012 e 215/2012:

(...) a única forma de ser fiel a uma norma iníqua é não aplicá-la, pois esta é a sua correta aplicação. E mais: toda norma injusta, por contrariar os princí-

pios de justiça, esculpido no topo do ordenamento jurídico, é, substancial e manifestamente, inconstitucional. (FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis, RJ: Vozes. 1989, p. 107).

Assim, por faltar a coerência em determinados dispositivos das leis em debate, seria imperioso não aplicá-las, ainda mais quando violam diretamente princípios ordenadores da própria Administração Pública e da Constituição Federal. A adequação racional, ainda que pelo controle judiciário, é possível, a fim de se evitar mal maior. Não se trata de invalidar toda construção legislativa, a qual tem o seu valor, mas de fixar, de formar coerente e proporcional, seus limites, a fim de servir ao seu propósito.

Pois bem. Por se tratarem de leis de efeitos concretos, sob o enfoque da legalidade, depreende-se que as disposições do art. 4º da LCM n. 214/2012, no que se refere à Zona Especial Ambiental - ZEA, o art. 31, parágrafo único, inciso VI, e o art. 39, ambos da LCM n. 215/2012, devem ser declaradas nulas, em razão das divergências sobrevindas do confronto de citados dispositivos com a Lei Orgânica do Município, Plano Diretor do Município (LM n. 94/06) e Lei Federal n. 10.257/2001, como foi fundamentado acima.

Portanto, conclui-se:

a) a alteração do zoneamento sem a realização do Estudo de Impacto Ambiental gera a nulidade da inovação trazida pela LCM n. 215/12 no tocante à inclusão da Zona Especial Ambiental - ZEA como Macrozona Urbana - MZU, inicialmente enquadrada como Macrozona de Proteção Ambiental - MZPA pela LCM n. 94/06;

b) diante da previsão legal contida no art. 115 da LCM n. 94/06, revela-se nulo, em parte, o art. 4º da LCM n. 214/12, com relação à possibilidade de outorga onerosa do direito de construir em relação à ZEA;

c) as LCMs n. 214/12 e 215/12 são leis complementares e se submetem à LCM n. 94/06, razão pela qual os dispositivos que com esta lei colidem devem ser declarados nulos; e

d) diversamente da Macrozona Urbana - MZU, a Macrozona de Proteção Ambiental - MZPA destina-se a uso de baixo impacto, que não conflite com a preservação ambiental da área, sendo possível verificar que LCM n. 215/12, ao ser classificada como Macrozona Urbana - MZU, passou a autorizar o uso da Zona Especial Ambiental - ZEA como se área urbana fosse.

No mais, conforme gizado anteriormente nessa fundamentação, os artigos impugnados da vigente LCM n. 215/2012 – que influem na construção civil no Canto Norte da Praia Brava –, estão em flagrante incompatibilidade com o art. 124, § 2º, da Lei Orgânica do Município de Itajaí, bem como com os arts. 50, inciso VIII, e 95, inciso IV, ambos da LCM n. 94/2006 (Plano Diretor do Município), ainda que se cogite a possibilidade de futura adequação.

Já a LCM n. 214/2012, como reflexo das ilegalidades perpetradas no enquadramento da Zona Especial Ambiental como Macrozona Urbana (LCM n. 215/2012), também diverge com o disposto no art. 115 do Plano Diretor do Município.

Portanto, exercendo o controle de legalidade, cumpre reconhecer e declarar a nulidade dos artigos de lei impugnados pelo autor. Por via de consequência, há de se obrigar os requeridos em fazer e não fazer, assim:

- a) deve o Município de Itajaí apresentar estudo ambiental específico (art. 124, § 2º, da Lei Orgânica) para possibilitar a reanálise dos parâmetros de uso e ocupação, encaminhando novo projeto de lei ao Poder Legislativo, especialmente no que se refere ao Canto Norte da Praia Brava, situado na Zona Especial Ambiental;
- b) a Câmara de Vereadores, satisfeita a obrigação atinente ao Município de Itajaí, somente poderá deliberar sobre a alteração do zoneamento da MZPA se considerada viável pelo referido estudo ambiental a ser realizado pelo Município e se respeitando, também,

o que for decidido em sede de audiências públicas. De todo modo, deverá observar o processo legislativo previsto em seu regimento interno, bem como a Lei Orgânica do Município, Plano Diretor do Município e Lei Federal n. 10.257/2001.

O § 4º do artigo 461 do Código de Processo Civil prevê a cominação de multa para a hipótese de descumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, *in verbis*:

Art. 461 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 4º -O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Conforme Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz. (Código de Processo Civil Comentado: e legislação extravagante pags. 782 e 783)

A imposição de multa cominatória deve ser valor significativamente alto, pois constitui providência inibitória ao descumprimento da

decisão, devendo ser levada em consideração a situação financeira dos causadores do dano e responsáveis pela reparação. Deste modo, deve ser fixada a multa em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) diários em caso de descumprimento da presente decisão.

Também, importa registrar que a questão em estudo reflete diretamente na propriedade privada e na necessidade de fixação de parâmetros construtivos razoáveis, em vista das questões ambientais aqui levantadas, interesse esse de toda a coletividade, o que reclama uma solução urgente por parte do Município e/ou da Câmara de Vereadores, para não acarretar prejuízos maiores ao meio ambiente.

A CF/88 reprime tanto as ações quanto as omissões, como se observa no art. 37, § 4º, ao dizer que a improbidade dar-se-á por “ação ou omissão do agente público”, cuja omissão também é reprimida nos artigos 10 e 11 da Lei n. 8.429/92. Ruy Alberto Gatto⁶ adverte: *“ainda que não demonstrados o enriquecimento ilícito ou a lesão ao erário, a simples violação dos deveres ínsitos a todo agente público acarreta a sua responsabilização”, portanto (...) “a simples omissão já implica violação de um dever que lhe é imposto, estando implícitos a vantagem individual e o prejuízo ao patrimônio público”*.

Em decorrência do acima fundamentado, poderão, ainda, os requeridos, ser responsabilizados pela omissão, caso deixem de tratar do assunto e legislar, de pronto, segundo os parâmetros legais definidos, já que podem com isso prejudicar (in)diretamente o meio ambiente, em especial o local em debate, considerado pela lei Macrozona de Proteção Ambiental.

Consubstanciando-se nas ilegalidades reconhecidas nesta decisão, não há dúvidas dos prováveis danos que poderão ser ocasionados ao meio ambiente caso sejam aplicadas imediatamente as disposições das LCMs n. 214/2012 e 215/2012 no tocante às delimitações da Zona Especial Ambiental.

⁶ GATTO, Ruy Alberto. A atuação do Ministério Público em face da Lei 8429/92 (Lei anticorrupção). São Paulo: Justitia. 1993, p. 57

Nesse aspecto, oportuno trazer à baila a aplicação dos princípios da precaução e da prevenção, em vista da matéria discutida repercutir nas questões urbanístico-ambientais.

É cediço que “*o princípio da prevenção tem seu âmbito gravitacional dirigido às hipóteses em que se pode vislumbrar um perigo concreto, ou melhor, onde o risco de dano é mais palpável. O princípio da precaução, por sua vez, atua no caso de perigo abstrato, hipóteses em que não se pode ter noção exata das conseqüências advindas do comportamento do agente. Por este viés, é preferível o adiamento temporário das atividades eventualmente agressivas ao meio ambiente, a arcar com os prejuízos em um futuro próximo, ou ainda, pleitear reparação dos danos, a qual, nesta seara, torna-se normalmente complicada e, muitas vezes, ineficiente*”. (AI n. 04.002441-0, de São Francisco do Sul, Des. Volnei Carlin)

Segundo Paulo de Bessa Antunes, “*o princípio da precaução é aquele que determina que não se produzam intervenções no meio ambiente antes de ter certeza de que estas não serão adversas para o meio ambiente. E evidente, entretanto, que a qualificação de uma intervenção como adversa está vinculada a um juízo de valor sobre a qualidade da mesma e a uma análise de custo/benefício do resultado da intervenção projetada.*” (Direito Ambiental. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 35)

Por sua vez, para Édis Milaré “*o princípio da prevenção tem como objetivo impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente, através de medidas acautelatórias, antes da implantação de empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras.*” (MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. A gestão ambiental em foco. 7ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 1071)

Sobre o tema, segue o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Ação civil pública. Ambiental. Loteamento industrial. Desvio de curso d'água. Suspensão da obra. Com base nos princípios da “precaução” e da “prevenção”, as autoridades devem tomar medidas preventivas sempre que

existirem motivos razoáveis de preocupação com a saúde pública e a manutenção do ecossistema equilibrado, ensejando, pois, a paralisação imediata de qualquer atividade econômica tendente a degradar o meio ambiente sadio. (AI n. 2005.025853-4, de Garopaba, rel. Des. Rui Fortes). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.006471-9, de São João Batista, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 25-04-2013).

À luz do noticiado, extrai-se lógica conclusão de que a proteção do meio ambiente deve ser priorizada em face da situação dúbia, resguardando-o de consequências lesivas e potencialmente irreversíveis, pois os resultados serão menos gravosos se, no caso de dúvida, optar pela defesa do meio ambiente. Lembrando-se que o direito público deve prevalecer sobre o individual.

Assim, é premente que a presente decisão surta efeitos imediatos a partir da intimação das partes de seu conteúdo, independentemente de interposição de recurso, já que, firme no disposto no art. 14 da Lei n. 7.347/85, em regra, eventual recurso interposto contra a sentença ocorrerá apenas no efeito devolutivo.

Nesse sentido, é oportuno referenciar à jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

RECLAMAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IRRESIGNAÇÃO VOLTA-DA PARA O ITEM DA SENTENÇA QUE DETERMINOU O CUMPRIMENTO IMEDIATO DA OBRIGAÇÃO - RESSALVA NESTE DE QUE EVENTUAL RECURSO SERIA RÉCEBIDO APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO, TENDO EM VISTA O COMANDO DO ART. 14 DA LEI N. 7.347/85 - QUESTIONAMENTO DIRECIONADO PARA A IMPRESCINDIBILIDADE DO REEXAME NECESSÁRIO E PARA OS EFEITOS APLICÁVEIS À EVENTUAL APELO - ALEGAÇÃO DE QUE LHE FOI OBSTADO O DIREITO DE RECORRER DESSA PARTE DA DECISÃO - INOBSERVÂNCIA NA ESPÉCIE - INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO POR PARTE DO RECLAMANTE, COM POSTERIOR DESPACHO DO RECLAMADO, RECEBENDO O RECURSO APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO - POSSIBILIDADE DE APRESENTAR O SEU INCONFORMISMO PELA VIA ADEQUADA - AUSÊNCIA DE ERRO OU ABUSO DO MAGISTRADO SINGULAR - RECLAMO NÃO CONHECIDO. “O sucesso da reclamação de que trata

o artigo 243 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina depende da comprovação de erro ou abuso da decisão impugnada que acarrete a inversão da ordem legal do processo. Assim, se a decisão reclamada não padece de vícios e reveste-se das formalidades legais, alvitrada é a rejeição da pretensão do reclamante. (Reclamação n. 2006.023545-0, de Itajaí, rel. Des. Luiz Carlos Feryesleben, julgado em 30/11/2006) (TJSC, Reclamação n. 2011.009057-7, de Içara, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 28-04-2011).

Por fim, este juízo observa que não há impedimento para agora, no mérito, tomar caminho aparentemente inverso àquele dado no julgamento do Agravo de Instrumento n. 2013.081246-7, pois a discussão lá era restrita à liminar. Assim, o primeiro momento (cautelar/liminar) é analisado no aspecto da garantia de uma determinada situação para afastar o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação; já o segundo (mérito/decisão final) se situa em um plano muito mais avançado do que na simples análise superficial do *fumus boni iuris*.

Ademais, naquela primeira oportunidade, o julgador não detém o acervo probatório completo, o qual é agora disposto e oriundo do direito constitucional ao contraditório, a partir das peças de defesa e documentos colacionados pelas partes, pelos quais se fez todo o acervo fundamental.

Ante o exposto, exercendo o controle de legalidade atinente ao Poder Judiciário, os pedidos iniciais devem ser julgados procedentes, declarando-se a nulidade parcial e/ou total dos artigos de lei especificamente impugnados pelo Ministério Público.

III – DISPOSITIVO:

JULGO PROCEDENTES, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, os pedidos formulados pelo **Ministério Público do Estado de Santa Catarina** na presente ação civil pública, para:

3.1 – Declarar a ilegalidade e nulidade do art. 31, parágrafo único, inciso VI, e art. 39, ambos da LCM n. 215/2012, bem como dos parâmetros definidos nos anexos do citado diploma no que se refere à Zona Especial

Ambiental - ZEA, por afronta aos critérios estabelecidos na Lei Orgânica do Município, no Plano Diretor do Município e na Lei Federal n. 10.257/2001.

3.2 – Declarar a ilegalidade e nulidade parcial do art. 4º da LCM n. 214/2012, ou seja, no que se refere à Zona Especial Ambiental, por afronta aos critérios estabelecidos no Plano Diretor do Município.

3.3 – Condenar o Município de Itajaí a apresentar, no prazo de 90 (noventa) dias, estudo ambiental e urbanístico específico para a Macrozona de Proteção Ambiental - MZPA localizada no canto norte da Praia Brava, em especial abrangendo a Zona Especial Ambiental - ZEA, analisando quais os parâmetros de uso e ocupação compatíveis com a área, para somente após encaminhar novo projeto ao Poder Legislativo, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser revertida para o Fundo dos Bens Lesados de Santa Catarina – FRBL.

3.4 – Condenar a Câmara de Vereadores na obrigação de não fazer, consistente na proibição de reeditar/deliberar sobre os artigos revogados (art. 31, parágrafo único, inciso VI, e art. 39, ambos da LCM n. 215/2012 e do art. 4º da LCM n. 214/2012 no que se refere à Zona Especial Ambiental) enquanto não for satisfeita a obrigação atinente ao Município de Itajaí no item anterior (3.3). Nesse caso, para eventuais alterações legislativas na Macrozona de Proteção Ambiental – MZPA, a requerida ficará obrigada a legislar observando os parâmetros definidos pelo *decisum*, ou seja, observar as diretrizes dadas pelo estudo ambiental a ser elaborado e as ponderações das audiências públicas já realizadas e a serem feitas, conforme fundamentação, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser revertida para o Fundo dos Bens Lesados de Santa Catarina – FRBL. De todo modo, deverá observar o processo legislativo previsto em seu regimento interno, bem como a Lei Orgânica do Município, Plano Diretor do Município e Lei Federal n. 10.257/2001.

Em vista dos itens 3.3 e 3.4, devem ser cientificados pessoalmente o Prefeito Municipal e o Presidente da Câmara de Vereadores, no tocante as suas prerrogativas, em vista da urgência do assunto, a fim de evitarem responsabilização por omissão.

3.5 – Em razão das ilegalidades perpetradas na aprovação das LCMs n. 214/2012 e 215/2012, remeta-se cópia da presente decisão com a petição inicial, para a 9ª Promotoria de Justiça desta Comarca, para conhecimento e adoção das medidas que entender pertinentes.

3.6 – Remeta-se cópia:

3.6.1 – Da presente decisão e da manifestação do Município de Itajaí (fls. 216-221) para o Presidente do Conselho Municipal de Gestão e Desenvolvimento Territorial, para conhecimento e adoção das medidas que entender pertinentes.

3.6.2 – Da presente decisão para o Desembargador Pedro Manoel Abreu, relator da apelação cível n. 2013.032907-2 e da ação direta de constitucionalidade n. 2013.032287-2.

3.6.3 – Da presente decisão para o Desembargador João Henrique Blasi, relator do agravo de instrumento n. 2013.081246-7, em virtude de estar ainda em análise de embargos de declaração.

As determinações ora fixadas passarão a fluir da intimação da presente decisão, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ressaltando que os prazos deverão ser cumpridos independentemente de interposição de recurso, já que, nos casos tais, a regra indica o recebimento de eventual recurso apenas no efeito devolutivo (art. 14 da Lei n. 7.347/85).

Sem custas processuais e honorários advocatícios, nos termos do art. 18 da Lei n. 7.347/85.

Sentença sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 475, inciso I, do Código de Processo Civil.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

P.R.I.

Itajaí (SC), 24 de setembro de 2014.

Carlos Roberto da Silva
Juiz de Direito

Autos n. 0009813-80.2012.8.24.0036

Comarca: Jaraguá do Sul

1ª Vara Cível

Ação: Rescisória c/c Indenizatória – Ordinário

Autor: Edson Kiatkowsky

Réu: Amando Tiegs

Vistos etc.

I – RELATÓRIO:

Edson Kiatkowsky ajuizou ação rescisória cumulada com indenizatória em face de Amando Tiegs.

Relatou, em síntese, que em 23.02.2012, firmou contrato de parceria agrícola com o réu, seu sogro, objetivando o cultivo de parte de uma gleba de terras contendo 4 hectares, situada no município de Corupá. Esclareceu que um ano e meio antes da assinatura do referido instrumento, já trabalhava nas terras do réu como se parceiros fossem. Sem embargo, em junho de 2012, após se separar da filha do réu, foi impedido de retomar suas atividades, sem qualquer comunicação prévia, o que lhe gerou grande prejuízo, consistente na perda da colheita da safra de banana daquele ano (meses de maio a setembro de 2012, totalizando R\$ 74.600,00), da metade da parcela do trator financiado que havia pago (R\$ 3.500,00) e das ramas de aipim adquiridas (R\$ 3.750,00).

Ademais, o descumprimento por parte do réu do contrato de parceria com prazo determinado de 10 anos, frustrou sua expectativa de vida laborativa, causando-lhe, inclusive, abalo moral.

Referindo-se às disposições dos arts. 22, § 3º, e 35, IV, do Decreto nº 59.566/1966, do art. 95, V, da Lei nº 4.504/1964 (Estatuto da Terra) e dos arts. 186 e 927 do Código Civil, além do art. 5º, X, da Constituição Federal, postulou a procedência dos pedidos rescisório e indenizatório,

com todos os efeitos. Requereu, outrossim, a concessão do benefício da justiça gratuita.

Anexou procuração (fl. 11) e documentos (fls. 12-25).

Concedida a gratuidade (fl. 27), citado (fl. 74), o réu ofereceu contestação, arguindo, em preliminar, inépcia da inicial. No mérito, afirmou que foi o autor quem deu causa à rescisão do contrato de parceria agrícola, quando abandonou as terras logo após se separar de sua filha. No mais, refutou os valores pretendidos a título de indenização, alegando, também, falta de provas.

Finalizou pugnando pela improcedência da pretensão. Na mesma peça, formulou pedido contraposto, com base no art. 92, § 6º, do Estatuto da Terra e art. 31 da Lei nº 9.099/1995, requerendo a condenação do autor às perdas e danos, bem como ao abalo moral sofrido pelo descumprimento do contrato (fls. 29-49).

Colacionou procuração (fl. 50) e documentos (fls. 51-63).

Depois da réplica (fls. 67-72), inexitosa a tentativa de conciliação (fl. 77), o processo foi saneado, sendo afastada a preliminar arguida, fixados os pontos controvertidos e deferida a produção da prova oral (fls. 79-80).

Na instrução, tomados os depoimentos pessoais, foram ouvidas, ainda, duas testemunhas do autor e uma testemunha e um informante do réu. Ato contínuo, em suas alegações finais, os procuradores reportaram-se aos termos da inicial e da contestação (fls. 89-95).

Conclusos os autos.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

Busca o autor rescindir contrato de parceria agrícola firmado com o réu em 23.02.2012, com reconhecimento da responsabilidade deste

pelo desfazimento do negócio. Pretende, ainda, a reparação dos danos materiais, inclusive lucros cessantes, e morais daí advindos.

Quanto ao pedido de rescisão, a tutela almejada tem, em verdade, efeito declaratório, pois, da situação fática e do conjunto probatório amealhado aos autos, certo é que o contrato de parceria *sub examine* já se encontra, se não expressa, tacitamente rescindido desde **junho de 2012**, quando o autor e a filha do réu se separaram, rompendo muito mais do que a relação marido e mulher, consoante abaixo de verá.

Autor e réu não divergem a esse respeito, inclusive no tocante à data do rompimento conjugal, com reflexos diretos sobre o vínculo profissional.

A pretensão rescisória, nestes termos, deve ser julgada procedente.

A controvérsia cinge-se à responsabilidade pelo desfazimento do negócio. Cada litigante imputa culpa ao outro.

Nesse ponto, analisada a questão pelo aspecto legalista (contratualista), não tenho dúvidas de que o réu foi o culpado, já que, como admitiu no depoimento pessoal, após o autor e sua filha se separarem, “*disse que não poderia mais continuar a parceria com ele*”, propondo-lhe, então, que, se quisesse, aceitasse trabalhar como “registrado” (fl. 91).

Sem embargo, estou convencido que nem sempre tal posição é o melhor caminho para se resolver o litígio de forma justa e equânime.

Embora imparcial por dever de ofício, aprendi com o culto Desembargador Pedro Manoel Abreu (TJSC) que o juiz não deve ser, necessariamente, neutro, a ponto de desprezar sua formação, sua cultura, seus conhecimentos e suas experiências de vida.

Pensando nisso é que, no caso concreto, em que pese manezinho da ilha, não posso olvidar que em nosso Estado, mormente na microrregião de Corupá, predomina o regime da agricultura familiar, em que os agricultores, autodenominados “colonos”, sobrevivem daquilo que plantam e colhem

em suas terras, de mais ou menos um módulo rural, com auxílio, na maioria das vezes, tão somente dos membros da família (filhos, cunhados etc.).

Foi no contexto acima em que se estabeleceu a parceria entre o autor e o réu. O autor foi viver com a filha do réu em suas terras e, por conta da confiança inerente à relação familiar, passou a ajudá-lo no bananal já existente, ainda mais depois da morte do cunhado. Ambos saíram ganhando com o vínculo profissional que, naquela ocasião, mostrava-se conveniente.

Todavia, pouco tempo após a assinatura do contrato, mais especificamente 4 meses, a união entre o autor e a filha do réu terminou e, pelo que depreendo dos inúmeros boletins de ocorrência registrados (fls. 20, 51, 52 e 53), da pior forma possível. E nesse novo cenário, quase um fato externo ou de força maior, inegavelmente, não havia mais clima para que as partes ora litigantes continuassem a trabalhar juntos, como parceiros, convivendo diariamente. A *affectio societatis*, em razão da confusão entre a relação familiar e a profissional, estava rompida, **sem que ninguém possa ser considerado culpado.**

Ausente, destarte, o nexo de imputação (fundamento ou razão de se atribuir responsabilidade à determinada pessoa), um dos 5 pressupostos da responsabilidade civil ao lado do evento lesivo, do dano, do nexo de causalidade e do cabimento no escopo da norma (Fernando Noronha. Direito das Obrigações, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 468-469), não se há falar no dever de indenizar, inclusive por eventual abalo moral e perda da chance.

Tal conclusão, por evidente, serve tanto em relação ao pedido do autor, quanto em relação ao pedido contraposto do réu.

Por outro lado, é cediço que o juiz está autorizado a conhecer do pedido, ainda que por fundamento diverso. Sob essa ótica é que a pretensão do autor, no que tange à condenação do réu ao pagamento de quantia

certa, merece acolhimento parcial, não obstante o enquadramento jurídico legal utilizado na peça vestibular.

É que, corolário da rescisão do contrato de parceria, como de qualquer outro negócio, além do retorno das partes ao *status quo ante* (efeito jurídico mais voltado àqueles atos negociais que impliquem em transmissão da propriedade, a exemplo da compra e venda), está o acerto de contas entre os contratantes, este que, por sua vez, resulta no direito de cobrança dos valores porventura devidos. Vale dizer que o locupletamento sem causa, a grosso modo, também equivale à modalidade de ato ilícito passível de responsabilidade.

Pois bem. Na hipótese focalizada, o réu não discorda que o autor, efetivamente, laborou em suas terras, na condição de parceiro, 1 ano antes da assinatura do contrato até 4 meses depois. Nesse período, malgrado já existisse o bananal, o autor ajudou o réu, diariamente, com o manejo (cultivo), participando da adubação, da limpeza, do desbaste, da desfolha, da colheita e pós-colheita, entre outras etapas do processo de produção da banana. À medida que a banana ia sendo colhida, embalada e vendida em caixas (e aqui cabe a explicação que a safra de banana, diferente de outras frutas, pode se estender por vários meses do ano), autor e réu dividiam os lucros. Ocorre que, com a ruptura inesperada da parceria em junho de 2012, repito, sem culpa de nenhum dos contratantes, o processo produtivo suso mencionado foi interrompido sem que o autor pudesse, ao menos, finalizar a colheita e pós-colheita daqueles cachos de banana que, dentro da técnica de manejo por eles adotada, estavam previstos para serem cortados nos próximos 3 a 4 meses. Não é razoável imaginar que, naquela data, considerando a extensão do bananal (4 hectares) e as características da safra de banana, não havia mais cachos para serem colhidos. Daí que, por medida de justiça, e até como forma de se evitar o locupletamento sem causa do réu, tem direito o autor, a título de acerto de contas, a metade do valor obtido com a banana colhida e vendida nos 4 meses que

se seguiram ao desfazimento do negócio, eis que colaborou diretamente, senão para o plantio dos pés de banana, mas para seu cultivo.

Antes de passar à liquidação dos valores devidos, é oportuno e relevante esclarecer algumas premissas a serem consideradas:

1ª) percentual de participação – embora o instrumento de contrato estabeleça como percentual de participação do autor apenas 10% de tudo que for produzido nos 4 hectares objeto da parceria (fl. 16, cláusula 6ª c/c cláusula 3ª), dado o conjunto probatório e os hábitos e costumes inerentes à esta modalidade contratual, indubitável que cada parceiro, na prática, faz (ou fazia) jus à metade (50%). Aliás, o próprio réu, em seu depoimento pessoal, reconheceu, textualmente, que “*o autor tinha direito à metade da colheita*” (fl. 91). Assim, em homenagem aos princípios da boa-fé objetiva e da primazia da realidade, este segundo o qual, havendo divergência entre o que ocorre na prática (plano fático ou material) e o que consta do contrato escrito (plano formal), deve prevalecer a primeira, o percentual de participação do autor a ser considerado nesta sentença, para fins de acerto de contas, é de 50%.

2ª) área contratada – do contrato de parceria acostado aos autos (fl. 16, cláusula 2ª), é possível inferir que a propriedade do réu possui 12,4 hectares, boa parte deles, segundo revelou a prova oral, plantados. Essa extensão de terras mostra-se compatível com os 12.000 pés de bananas que o réu declarou ter, considerando que são plantados em média de 1.000 a 1.500 pés de bananas por hectare (conforme consulta realizada à página eletrônica do IBGE). De todo modo, à falta de provas em sentido contrário, cujo ônus recai sobre o autor (CPC, art. 333, I), a área objeto de parceria, no caso concreto, abrange apenas uma gleba de 4 hectares, de conformidade com o instrumento contratual em tela (fl. 16, cláusula 3ª).

3ª) período de colheita da safra – como dito alhures, a banana, diferente de outras frutas, pode ser colhida ao longo de todo o ano, depen-

dendo do manejo adotado. Na hipótese dos autos, não há informações precisas acerca do período de colheita da safra. Contudo, na ausência de impugnação especificada por parte do réu (CPC, art. 302, *caput*), que se insurgiu tão só em relação à quantidade e ao preço das caixas negociadas, e não ao período em si, presumo verdadeiro que, na área contratada, houve colheita regular de banana nos meses apontados pelo autor na inicial (de maio a setembro de 2012). De seu turno, deixo de considerar, para fins de acerto de contas, o mês de maio de 2012, uma vez que, neste período, de acordo com a própria causa de pedir, o autor ainda vivia maritalmente com a filha do réu, não havendo evidências de que o contrato de parceria fora descumprido. Logo, descartado o mês de maio, e **limitado pelo pedido deduzido na inicial**, tenho que o direito do autor compreende à metade da produção de bananas dos meses de junho, julho, agosto e setembro de 2012.

4ª) *espécie de banana produzida (cultura)* – das notas de produtor rural anexadas pelo réu (fls. 55-57), no campo descrição do produto, consta que a banana por ele produzida era da espécie “caturra”. O autor não divergiu (sequer tratou a respeito).

5ª) *quantidade de caixas produzidas* – definitivamente, não há como emprestar valor probatório às anotações manuais lançadas de próprio punho pelo autor em folhas de caderno (fls. 23-25), tanto mais porque, além impugnadas expressamente pelo réu, não logrou aquele comprovar a veracidade de seu conteúdo por meio da prova oral produzida. Por outro lado, reconheço que tal prova, tendo em vista a simplicidade das partes envolvidas, que detêm conhecimentos apenas superficiais sobre gestão e controle dos negócios, não se revela das mais fáceis de ser obtida. A realidade, assim, exige que o juiz, como elemento de integração do Direito, recorra a outras fontes, para não deixar de prestar a jurisdição estatal postulada, mormente quando a questão de fundo (*an debeatur*), como neste caso, é certa. Vai daí que, por equidade, à míngua de dados

concretos, valho-me do levantamento oficial do IBGE que, por meio de reuniões periódicas junto a órgãos ligados ao setor e eventualmente com a presença de produtores, aponta como produção média anual, para a cultura da banana caturra na região de Corupá, cerca de 29.280 Kg/Ha (consulta à página eletrônica), equivalente ao rendimento mensal de 2.440 Kg/Ha. Destaco, ainda, que o peso médio por caixa, conforme praxe do mercado, é de 22 Kg.

6^a) *preço da caixa* – por fim, apesar de o autor não concordar com o valor de R\$ 7,00 pago pela caixa de banana nos meses de maio, junho e julho de 2012, conforme as notas de produtor rural colacionadas pelo réu (fls. 55-57), não fez qualquer prova do preço de R\$ 12,00 sugerido na inicial, tarefa que lhe competia (CPC, art. 333, I). Friso que, ao contrário do item anterior, não se trata, aqui, de prova difícil. Bastaria ter instruído melhor seu pedido, juntando, por exemplo, declaração da Epagri, do IBGE ou de algum órgão ligado ao setor. Portanto, na ausência de outros elementos probatórios, tomo como parâmetro, para fins de cálculo, o preço de R\$ 7,00 a caixa de banana.

Esclarecidas as premissas acima, faço o seguinte cálculo de liquidação (*quantum debeatur*), já na fase de conhecimento:

Área plantada = 4 Ha

Produção média mensal = 2.440 Kg/Ha

Total (4 Ha x 2.440 Kg/Ha) = 9.760 Kg por mês

Peso médio da caixa de banana = 22 Kg

Total (9.760 Kg / 22 Kg) = 444 caixas por mês

Número de meses produzidos = 4 (junho a setembro/2012)

Total (444 x 4) = 1.776 caixas no período

Preço médio da caixa = R\$ 7,00

Total (1.776 x R\$ 7,00) = R\$ 12.432,00 lucro no período

Percentual de participação = 50%

Total (R\$ 12.432,00 / 2) = R\$ 6.216,00 lucro do autor

Dessa feita, reputo devido ao autor, como acerto de contas pelas bananas colhidas no período de junho a setembro de 2012, em relação as quais ele ainda teve participação na cadeia produtiva, o valor de **R\$ 6.216,00 (seis mil, duzentos e dezesseis reais)**, que deverá ser acrescido de correção monetária desde setembro de 2012 e juros de mora a contar da citação (CC/2012, art. 405).

Anoto que esse valor, não por coincidência, é bem aproximado à quantia de R\$ 6.000,00 que o réu, no depoimento pessoal, admitiu estar devendo para o autor, “referente à colheita da banana” (fl. 91).

Ainda dentro do acerto de contas suso apregoados, atento ao fato de que o contrato de parceria celebrado com prazo determinado de 10 anos foi desfeito com apenas 4 meses de vigência, sem possibilidade de amortização do capital investido pelo autor, deverá o réu reembolsar a importância de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) dele recebida, pertinente à metade de uma das parcelas do trator financiado, acrescida de correção monetária desde junho de 2012 e juros de mora a contar da citação (CC/2012, art. 405), **sob pena de locupletamento sem causa**. Nesse ponto, **convém assinalar que o réu, em seu depoimento pessoal, também reconheceu a contribuição do autor no valor acima (fl. 91).**

Por último, quanto às ramas de aipim, que, segundo a tabela de cálculo elaborada pelo autor, teriam sido adquiridas por R\$ 3.750,00 (fls. 04-05 da inicial), a pretensão não merece prosperar, a uma, porque o autor não logrou comprovar, com a necessária convicção e certeza, o fato constitutivo de seu direito (CPC, art. 333, I); a duas, porque restou esclarecido que tais ramas foram doadas pelo tio do réu, Antonio Paholsky, ouvido como informante (fl. 94). Observo que, curiosamente, o autor não requereu indenização pela colheita do aipim, e sim pelo valor das ramas, limitando a análise deste Juízo.

Essa, portanto, a solução que julgo ser a mais justa para decidir o caso posto a desate.

III – DISPOSITIVO:

Ante o exposto, com fundamento no art. 269, I, do Código de Processo Civil:

- JULGO PROCEDENTE o pedido rescisório formulado por Edson Kiatkowsky em face de Amando Tiegs e, em consequência, DECLARO resolvido o contrato de parceria agrícola firmado entre ambos (fls. 16-19), com efeitos desde junho de 2012;

- JULGO IMPROCEDENTE o pedido de indenização por danos materiais, lucros cessantes e danos morais formulado pelo autor em face do réu;

- todavia, com fundamento diverso, CONDENO o réu a pagar ao autor, a título de acerto de contas, sob pena de locupletamento sem causa, as importâncias de **R\$ 6.216,00 (seis mil, duzentos e dezesseis reais)**, acrescida de correção monetária desde setembro de 2012 e juros de mora a contar da citação; e de **R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais)**, acrescida de correção monetária desde junho de 2012 e juros de mora a contar da citação;

- JULGO IMPROCEDENTE o pedido contraposto formulado pelo réu em face do autor.

Havendo sucumbência recíproca, arcam o autor e o réu, cada qual, com metade das custas processuais; compensados os honorários advocatícios, os quais fixo, por equidade, em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da condenação (CPC, art. 21, *caput*, c/c art. 20, §§ 3º e 4º; STJ, Súmula 306). Suspendo a exigibilidade em relação ao autor, porque beneficiário da gratuidade (Lei nº 1.060/1950, art. 12).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Certificado o trânsito em julgado, intime-se a parte vencida a adimplir voluntariamente a obrigação em 15 dias, sob pena de incidir na multa de 10% do art. 475-J do CPC. Findo o prazo, não sendo requerida a execução pela parte vencedora, arquivem-se (Orientação CGJ/SC nº 05/2006).

Jaraguá do Sul (SC), 20 de outubro de 2014.

Leandro Katscharowski Aguiar
Juiz de Direito

Autos n. 037.10.001947-8

Comarca: Joaçaba

Vara Criminal

Ação: Ação Penal - Júri

Acusado: Denis Conci Braga

Vistos etc.

Trata-se de processo criminal em que foi denunciado Denis Conci Braga, já qualificado nos autos, como incurso no artigo 121, *caput*, do Código Penal (por três vezes), e no artigo 129, § 1º, inciso II, também do *Codex* Repressivo, em concurso material (art. 69 do CP). Segundo apertada síntese da denúncia, no dia 14/5/2010, assumindo o risco de produzir o resultado morte, o réu, na condição de médico, teria utilizado indevidamente o medicamento lidocaína para realização de endoscopia nas pacientes Iara Penteadó, Maria Rosa de Almeida dos Santos, Santa Pagliarini Sipp e Vivian Deny Toldo, o que teria provocado a morte das três primeiras pacientes e lesão corporal na última.

O réu foi preso em flagrante, *a priori* pelo cometimento de crime culposos (fl. 02), tendo sido solto pela própria Autoridade Policial através de pagamento de fiança (fl. 43).

O Inquérito Policial, que conta com quase 500 páginas, está acostado às fls. 02-422, com intervalos em que houve remessa ao Juízo e requisição de baixa à Delegacia para colheita de informações complementares por parte do Ministério Público, bem como documentos juntados posteriormente (fls. 434-454, p.ex.). No Inquérito, constam depoimentos de diversas testemunhas e informantes, boletim de ocorrência, documentos apreendidos na clínica do réu, croqui, fotografias, laudos periciais (nas vítimas, nos medicamentos e no local dos fatos), prontuários médicos, relatório de investigação da Vigilância Sanitária, dentre outros ofícios e

documentos. Ao final, houve indiciamento do réu pelo suposto cometimento dos crimes de homicídio culposo com inobservância de regra técnica da profissão e lesão corporal culposa (fls. 295-306).

Em 6/11/2012 aportou em Juízo a “queixa em substituição à denúncia” de fls. II-VI, proposta pelos querelantes Emerson Jair Penteadó e Antonio Ferreira dos Santos, respectivamente pai e marido de duas vítimas, pugnando pela condenação do réu como incurso no artigo 121, § 4º (parte final), do Código Penal, bem como que fosse decretada a prisão preventiva do acusado. A peça foi liminarmente rejeitada em audiência no dia 7/11/2012 (fls. 459), pela ausência de qualquer situação concreta que justificasse a movimentação de representante da vítima, na forma do artigo 29 do CPP.

Na mesma oportunidade, foi negado requerimento de prisão preventiva, posto não estarem presentes os requisitos autorizadores do artigo 312 do CPP, notadamente o risco à aplicação da Lei Penal ou necessidade de conveniência da instrução criminal, e oferecida ao réu a transação penal ao réu com relação à vítima Fabrício Godinho.

Houve recurso em sentido estrito (fls. 464-479) da decisão de rejeição da queixa, tendo sido apresentadas as contrarrazões às fls. 483-487 (acusado) e 490-506 (Ministério Público). A decisão recorrida foi mantida (fls. 508) e os autos ascenderam ao egrégio TJSC, em 29/1/2013.

Em 29/5/2014 o eminente Desembargador Volnei Celso Tomazini julgou prejudicado o recurso, ante o oferecimento e recebimento da denúncia na origem (fls. 532-533).

À fl. 542, em 10/5/2013, consta o despacho que recebeu a denúncia, determinou a citação do acusado e o oficiamento da Autoridade Policial para a adoção de algumas providências, dentre outras deliberações.

Às fls. 562-568 foram juntados pela Defesa os comprovantes de pagamento da transação penal.

O réu, regularmente citado (fl. 571), apresentou resposta à acusação, por defensor constituído, às fls. 572-608.

Às fls. 609-612, repeli preliminares e pedidos de perícia aventados pela Defesa, salvo o ofício ao SAMU para que fosse informado o nome do motorista e do enfermeiro que estavam no local na data dos fatos, o que entendi pertinente e deferi. No mais, designei audiência de instrução e julgamento e determinei a realização de outras providências necessárias à reta instrução do feito.

Às fls. 647 houve novo pedido de realização de perícia, indeferido à fl. 650.

Realizou-se audiência de instrução e julgamento em 30/10/2013 (fls. 673-686), momento em que houve as seguintes ocorrências: habilitação dos pais da vítima como Assistentes da Acusação; oitiva das testemunhas de acusação Emerson Jair Penteado, Rui Flâmia, Mauricio Pretto, Júlio Tanaka, Sérgio de Oliveira Monteiro, Roberto Zilio, Glaucio Grandó Galli, Fabiane Aparecida Signoratti, Nelsi Fátima Trento Bortolini, Marcio Luiz Bittencourt, Orlando Fávero e Luis Lins de Lima; dispensa, pela acusação, da oitiva da testemunha Juliano Primo Pedrini, e pela defesa, das oitivas das testemunhas Divana Giggi dos Santos e Diego Anselmini; designação de audiência em continuação; indeferimento de novo pedido de realização de perícia.

Em 22/11/2013 ocorreu solenidade em que o acusado foi interrogado, bem como solicitou-se informações sobre as precatórias expedidas.

À fl. 750 houve, por parte da Defesa, desistência da oitiva da testemunha Roberto Camiã.

Há nos autos depoimentos colhidos através de cartas precatórias: Vivian Deny Toldo, Fabrício Godinho, Lorizete de Fátima Rodrigues (fls. 664-668), Marli Togni Pieri (fls. 737-738) e Elza Gemelli (fls. 756-758).

Sobrevieram os memoriais, com o Ministério Público pugnando pela admissibilidade da pretensão punitiva e conseqüente pronúncia do acusado, nos termos da denúncia. A Assistência, requereu o julgamento pelo Tribunal do Júri e a “nulidade das transações penais realizadas em crimes perpetrados em continuidade delitiva”.

Por fim, a Defesa requereu a absolvição do acusado, ou alternativamente, a desclassificação do delito de homicídio doloso para culposo e da lesão grave para lesão leve. Ainda, apresentou preliminar de cerceamento de defesa.

Os antecedentes foram certificados (fls. 830-831).

É o relato. Passo a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

Preliminarmente

Existem questões preliminares que foram aventadas pela Assistência à Acusação (nulidade da transação penal ofertada) e pela Defesa (cerceamento de defesa).

Com relação ao pleito de nulidade da transação penal, sequer pode ser conhecido, já que, como se sabe, o titular da ação penal pública é o Ministério Público, de modo que o Assistente atua, como o próprio nome indica, em auxílio e complementação ao órgão acusador, nos termos do artigo 271 do CPP, sendo vedada, portanto, a atuação desvinculada e, pior ainda, com interesses contrários, salvo nas hipóteses de recurso subsidiário. No caso, pretende o Assistente a declaração de nulidade da transação penal ofertada, diante da continuidade delitiva, o que vai contra a posição do *Parquet*, órgão que ofereceu a benesse ao acusado.

Ainda que assim não fosse, verifica-se que o Ministério Público ofereceu de forma regular a proposta à fl. 318, tendo esta sido reiterada à fl. 339, em observância aos princípios da unidade e da indivisibilidade,

e a despeito de a vítima não ter comparecido em Juízo para confirmar a representação feita perante a autoridade policial. Igualmente, não houve insurgência a tempo e modo, tendo o acusado já dado integral cumprimento à transação (fls. 562-568), sendo certo que eventual declaração de nulidade, por transação ofertada em face de delito praticado contra vítima que sequer está habilitada como Assistente de Acusação, ou seja, que não possui mais interesse na causa, somente teria o condão de atrasar a decisão de mérito, justamente um dos pontos mais criticados pela Assistência (a alegada morosidade).

No que toca ao argumento defensivo de cerceamento de defesa pela não realização de perícias solicitadas pela Defesa, também entendo que é improcedente. Isso porque a questão foi devidamente rebatida em três oportunidades no presente processo (fls. 609-612, 650 e 673), sob os seguintes argumentos: existência de perícia do IGP (com relação as bisnagas de lidocaína); decurso do tempo, com conseqüente resultado não confiável da perícia, e possibilidade de comprovação da tese defensiva através de outros meios de prova (com relação ao medicamento Diazepam e as bisnagas de lidocaína).

A respeito do tema, colhe-se acórdão relatado pelo saudoso Desembargador Solon D'Eça Neves, citando o igualmente saudoso Desembargador Irineu João da Silva:

“O princípio da livre apreciação da prova outorga ao magistrado o exame da conveniência e necessidade da realização das diligências que são requeridas pelas partes, não constituindo eventual indeferimento cerceamento de defesa” (Apelação Criminal n. 2002.022173-8, de Blumenau, rel. Des. Irineu João da Silva). [...] (Apelação Criminal n. 2007.053393-3, de Blumenau, j. em 22/07/2008).

É no mesmo espeque o julgado mais recente, relatado pela eminente Desembargadora Marli Mosimann Vargas:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL PERPETRADO ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA LEI N. 12.015/2009. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ART. 214, CAPUT, C/C ART. 226, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINARES. [...]. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS REQUERENDO PERÍCIA MÉDICA NO RÉU E ENTREVISTA PESSOAL COM O PERITO FORENSE. INVIABILIDADE. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA PELO TOGADO SINGULAR. OUTROSSIM, NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS OU REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS QUE FICA AO ALVEDRIO DO MAGISTRADO. SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL E PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. NULIDADE INEXISTENTE. [...]. (TJSC, Apelação Criminal n. 2012.072843-5, de Itajaí, j. 13-08-2013).

Neste sentido, destaque-se que incumbe ao Juiz, destinatário final da prova, aferir a necessidade ou não da realização de perícia, de modo que estando convencido de que não necessita de determinada prova para a formação de sua convicção pessoal, ou que a realização de uma perícia ou outra é impossível de ser realizada com resultados confiáveis, deve indeferir os pleitos.

Assim, afasto a preliminar.

Mérito

Encerrado o *judicium accusationis*, ou seja, a fase instrutória deste processo que tramita sob o rito do Tribunal do Júri, posto que o réu é denunciado pela prática de crimes dolosos contra a vida, cabe, agora, ao Magistrado decidir entre quatro opções possíveis: a) pronunciar o réu, quando julga admissível a acusação, remetendo o caso para apreciação do Tribunal Popular; b) impronunciá-lo, quando julga inadmissível a acusação, por insuficiência de provas; c) absolvê-lo sumariamente, quando considerada comprovada a inexistência do fato, quando não estiver pro-

vada a autoria ou a participação em relação ao acusado, quando o fato não constituir infração penal ou quando ficar demonstrada uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade; d) desclassificar a infração penal, quando se julga plenamente convencido de que não houve crime doloso contra a vida, afastando, como consequência, a competência do egrégio Tribunal Popular e remetendo o feito ao Juízo competente, quando ele próprio não o for.

Para verificação de qual das hipóteses acima elencadas é a mais adequada para o caso concreto, farei a análise acerca da presença de indícios de autoria e materialidade e a identificação acerca do elemento subjetivo (dolo ou culpa), somente com relação aos delitos de homicídio, definidores da competência do Juiz Singular ou do Tribunal do Júri, conforme o caso.

Com relação à materialidade, verifico que não há qualquer controvérsia nos autos, quer dizer, tanto Acusação quanto Defesa concordam que após a realização de endoscopias na clínica do acusado as vítimas Iara Penteado, Maria Rosa de Almeida dos Santos e Santa Pagliarini Sipp vieram a óbito. Ademais, a materialidade dos crimes está presente nos laudos de exame cadavérico de fls. 32, 36 e 163 e laudos periciais de fls. 172-180, 221-224 e 225-228.

A discussão começa a surgir de forma substancial nos campos da autoria e tipicidade dos crimes, posto que enquanto a Acusação coloca o réu como causador dos resultados criminosos, a Defesa aponta para falha na medicação, que conteria concentração acima daquela que efetivamente constava em sua embalagem. No que toca ao elemento subjetivo, definidor do tipo penal, a Acusação entende ter agido o réu com dolo eventual, enquanto a Defesa, como tese alternativa, pugna pelo reconhecimento da culpa.

Após compulsar todo o conteúdo deste processo, documentos, laudos, depoimentos de testemunhas etc, entendo que a solução adequa-

da, ao menos nesta fase, encontra-se no meio do caminho entre o que pretende a Acusação e o que requer a Defesa como tese principal.

Para mim, há indícios de que as mortes das Sras. Maria Rosa de Almeida dos Santos e Santa Pagliarini Sipp e da Srta. Iara Penteado ocorreram devido às altas doses de lidocaína que lhes foram ministradas pelo acusado, o que impossibilita, a princípio, a impronúncia ou a absolvição sumária.

Neste sentido, há laudo pericial realizado em material orgânico coletado da vítima Santa Pagliarini Sipp, de 60 anos de idade, apontando para a presença de 7,28 microgramas de lidocaína por mililitro de sangue, o que, de acordo com os peritos, embasados em literatura médica, trata-se de **dose tóxica** de lidocaína (fls. 222-224). Igualmente, há laudo pericial realizado em material orgânico coletado da vítima Maria Rosa de Almeida Santos, de 51 anos de idade, apontando para a presença de 32 microgramas de lidocaína por mililitro de sangue, o que, de acordo com os peritos, trata-se de **dose letal** de lidocaína (fls. 226-228);

Com relação à vítima Iara Penteado, devido ao tempo em que permaneceu internada no Hospital Santa Terezinha, não foi detectada a presença de lidocaína em seu corpo (laudo de fl. 230). Contudo, tal fato é irrelevante, pois há elo perfeitamente delineado entre todas as vítimas, inclusive no que toca ao Sr. Fabrício Godinho, que também teve convulsões após realizar o procedimento de endoscopia na clínica do acusado, vale dizer, o fato de que o réu ministrou-lhes lidocaína gel diluída em água.

A relação entre as vítimas parece não estar na aplicação dos medicamentos Midazolam ou Diazepam (o que também justifica a impertinência da perícia indeferida durante a instrução), posto que houve o fornecimento de cápsulas para quem teve intercorrências posteriores (Sra. Vivian Deny Toldo – mídia de fl. 668, depoimento da secretária – fl. 05), assim como para quem não teve qualquer problema (Sra. Lorizete de Fá-

tima Rodrigues, mídia de fl. 668 e depoimento da secretária – fl. 05). Da mesma maneira foi com a aplicação endovenosa do Diazepan. Enquanto a paciente Marli Togni Pieri não sofreu qualquer tipo de reação adversa (mídia de fl. 738), apesar de ter sido medicada através de injeção na veia (depoimento da secretária – fl. 05 e do réu às fls. 07-08), outros pacientes foram inclusive à óbito.

Por outro lado, há aparente ligação entre os pacientes que tiveram os sintomas de intoxicação por lidocaína (espasmos musculares, convulsões, perda da consciência seguida de coma e parada cardiorrespiratória – bula fl. 304): todos fizeram a ingestão do anestésico diluído em água destilada.

A testemunha Carmem Rosa Tasca, que acompanhava a vítima Santa Pagliarini Sipp, contou que acompanhou o exame através de um monitor, mas escutou o acusado preparando a solução de lidocaína em um copinho, dando para a vítima tomar, mexendo, e dando para tomar novamente. Relatou que após o exame a vítima estava sonolenta, mas não tinha dor, quando de repente começou a passar mal, tremendo. O acusado então teria ido até a recepção e levado a vítima para dentro do consultório, onde começou a fazer massagem cardíaca (mídia de fl. 668).

Fabício Godinho, informante por também ter sido vítima, afirmou que teve aplicada medicação na veia e que lhe foram ministrados dois copinhos de café que teve de engolir. Segundo ele, saiu da clínica bem mas logo após começou a passar mal, tendo inclusive convulsões, somente acordando na UTI do Hospital Santa Terezinha, onde ficou internado por dois dias, após passar por estado de coma (mídia de fl. 668).

Vivian Deny Toldo, vítima de lesões corporais neste processo, registrou que tomou uma cápsula com água, para dormir, e que apagou, somente tendo recobrado a consciência cerca de 12 horas depois. Relatou que a mãe, que era sua acompanhante, lhe informou que tomou um copinho também dentro do consultório (certamente a solução de lido-

caína). Asseverou que pelo que soube posteriormente, ao chegar em sua cidade já teria começado a passar mal, sofrendo convulsões, rangendo os dentes, virando os olhos, espumando pela boca e debatendo os braços (fls. 150-151). Mencionou, ainda, que sofreu duas paradas cardíacas, sete tentativas de reanimação, internamento por cinco dias e que teve risco de morrer (mídia de fl. 668).

Emerson Jair Penteado, pai da vítima Iara Penteado, afirmou que a filha não recebeu medicação na sala de espera, e que, após entrar no consultório, escutou o médico falar que daria um copinho para que ela fizesse gargarejo e depois engolisse. Contou que logo após chegar em casa a menina começou a ter convulsões e espumar pela boca, além de ter ficado roxa. Foi levada para o hospital, onde permaneceu por 14 dias internada na UTI do Hospital Santa Terezinha (mídia de fl. 686).

O acompanhante da vítima Maria Rosa de Almeida Santos somente deu depoimento na fase indiciária e não mencionou o uso da lidocaína (fl. 04). Porém, o próprio acusado confirmou que também utilizou a lidocaína diluída na paciente, além de injeção intravenosa (fl. 233).

Em verdade, o réu afirmou que a todos os pacientes do dia foi ministrada a lidocaína gel diluída em água destilada, inclusive os do período matutino. Ocorre que tal informação não condiz com aquilo que foi alegado por outros pacientes, notadamente aqueles que não tiveram os sintomas de intoxicação, que asseveraram ter-lhes sido borrifado um spray. É isso que se depreende dos depoimentos de Marli Togni Pieri (mídia de fl. 738), Lorizete de Fátima Rodrigues (mídia de fl. 668) e Elza Gemelli (fl. 758). Com relação a esta última, também alegou ter passado mal ao acordar, tendo inclusive vomitado e ido até o hospital. Contudo, os sintomas não foram os mesmos apresentados pelos pacientes que efetivamente foram intoxicados, além de a testemunha ter afirmado que “passa mal” com anestésias, de modo que é bastante possível que aquilo que sentiu tenha sido apenas resultado de sua rejeição para com a medicação em conjunto com a preocupação derivada dos óbitos ocorridos.

Sobre a falta de ortodoxia no procedimento adotado pelo réu, há importantes depoimentos prestados em Juízo.

O Dr. Rui Flâmia, médico anestesista, afirmou que a lidocaína pode se apresentar em três formas, líquida, gel ou spray, sendo que a mais comumente utilizada é a forma líquida, através de injeção na coluna ou músculo. Registrou que a geleia é utilizada eventualmente como lubrificante ou na narina do paciente, para facilitar a passagem de um tubo, por exemplo, mas nunca é a primeira opção quando se trata de uso anestésico. De acordo com o médico, o uso diretamente na garganta é feito com spray, mas ainda assim raramente, somente nos casos de entubação, e que a forma em gel é perigosa porque perde-se a noção de quantidade, em uma região onde a absorção é grande, como as mucosas.

A testemunha não deu resposta definitiva sobre a possibilidade de um tubo de 30 mg de lidocaína com concentração de 2%, fracionado, matar uma pessoa, posto que houve a ingestão oral e as mucosas do aparelho digestivo absorvem a substância muito rapidamente, além de entender que existem diversos fatores que devem ser levados em conta, como a idade do paciente e a existência de doenças pretéritas. Contudo, alertou que a superdosagem de lidocaína pode matar, que **não daria o medicamento em gel para um paciente tomar, que não é o procedimento adequado e que nunca leu nada a respeito do uso do gel diluído em água (mídia de fl. 686).**

Outro médico anestesista, Dr. Julio Tanaka, relatou que a lidocaína em gel tem sido usada exclusivamente para introdução de sonda uretral e que **nunca utiliza a lidocaína geleia, com concentração de 2%, através da via oral**, o que é contra indicado. Segundo o médico, para a mucosa da garganta, apenas utiliza-se a lidocaína em spray ou gel a base de água, sem anestésico, quando for colocar alguma sonda, e que as contra indicações da xilocaína (lido) são vastas. Por fim, destacou que **é difícil manusear a lidocaína em gel, pois não tem como precisar a quantidade** e que a mucosa tem absorção rápida (mídia de fl. 686).

O Dr. Sergio Monteiro, que também trabalha com endoscopias, historiou que utiliza a lidocaína em spray, com concentração de 10 %, em uma dose média de 30 mg por paciente, e que **utiliza a lidocaína em gel (bem pouco) apenas para a lubrificação do endoscópio, mas não com a intenção de anestesia.** Mencionou que todo o benzodiazepínico pode causar falência respiratória, mas desconhece que aja potencialização dos efeitos da lidocaína com o uso deste medicamento. O médico informou que tem receio na utilização da lidocaína, que às vezes prefere fazer um exame mais trabalhoso, não usando o anestésico, do que correr o risco, quando há alguma restrição, e que **se acabasse o spray não utilizaria a forma em gel diluída, pois desconhece este meio de administração.** Finalmente, assentou que é perigosa a aplicação da lidocaína em gel, pois não há como mensurar a quantidade utilizada, e que nunca utilizou somente a lidocaína gel para a realização de algum procedimento endoscópico, sendo esta forma (gel) usada somente para facilitar a inserção do aparelho (mídia de fl. 686).

O último médico ouvido, Dr. Roberto Zilio, outro que também atua na área da endoscopia, asseverou que para a realização dos procedimentos utiliza a lidocaína em spray, passando apenas uma camada da forma em gel na ponta do aparelho, para fins de lubrificação, e medicação endovenosa. Afirmou que **não faz a aplicação da lidocaína diluída em um copo de café,** mas ouviu relatos de que já houve tal prática há uns 15, 20 anos atrás, e que mesmo **na falta de outro medicamento não faria desta maneira,** posto que não faz parte de sua rotina. Por fim, asseverou que os laudos médicos do acusado eram redigidos de forma técnica, normais, sem qualquer ponto negativo a ser mencionado (mídia de fl. 686).

Como se percebe, todos os médicos ouvidos em Juízo deram depoimentos contraindicando o uso da lidocaína na forma gel, especialmente pela falta de controle na dosagem. Ainda, as testemunhas apontaram desconhecer a aplicação da lidocaína diluída em um copo de café,

salvo o Dr. Roberto Zilio, que contou ter ouvido relatos de outros médicos que já teriam assim procedido, há anos atrás.

O acusado, por seu turno, deu depoimento bastante detalhado em Juízo, tendo iniciado declarando que ajudou as vítimas, que até hoje sofre com o ocorrido e que jamais tratou a situação com indiferença. Após, relatou como teria sido a dinâmica no dia dos fatos, sobre como as endoscopias teriam transcorrido normalmente, sem intercorrências, até o momento que a paciente Maria Rosa teria começado a passar mal, o que inicialmente teria pensado ser devido ao anestésico ministrado. Contou que ao perceber que a paciente não respondia a nenhum estímulo a levou para uma maca dentro do consultório e, ato contínuo, verificou que a frequência cardíaca diminuía, razão pela qual entrou em contato com o SAMU. Nesse momento, segundo o réu, a outra vítima, Sra. Santa, estaria consciente e bem.

Após a chegada dos socorristas, que não eram médicos, começaram as tentativas de reanimação com injeção de epinefrina e compressão cardíaca, tendo o réu falado ao telefone com o médico de plantão na regulação do SAMU e argumentado sobre a impossibilidade de remoção, diante da instabilidade da paciente. Logo após o óbito da vítima Maria Rosa, o acusado teria percebido que a outra vítima (Santa) começava a ficar cianótica e roxa, tendo imediatamente a levado para a maca de exames, a entubado e começado a realizar compressão cardíaca, em participação mais ativa do que com relação a outra vítima. Aqui, registrou o médico que estava bem atordoado, sem saber o que poderia ter ocorrido.

Após o óbito das duas senhoras e ao saber que havia outros pacientes seus que também tinham passado mal, se deslocou até o Hospital Santa Terezinha, tendo encontrado a família da vítima Iara e, segundo ele, contado que estava apavorado e que não iria se omitir de qualquer coisa.

O réu asseverou que utilizava a lidocaína spray para a sedação da faringe, mas que naquele dia essa forma teria acabado, razão pela qual optou por usar o gel, diluindo a mesma quantidade que usaria para lubrificar a ponta do endoscópio, e que não pensou em adiar os exames. Contou que já havia ministrado a lidocaína deste modo em alguma oportunidade, mas que não se recordava do paciente, que a quantidade utilizada para cada uma das vítimas foi a mesma, apesar de não ter como precisar os miligramas, e que, em seu entender, a quantidade absorvida seria a mesma pelo atrito do endoscópio ou engolindo a lidocaína, e que, também a seu juízo, a causa das mortes teria sido um defeito no produto, maior concentração.

Destacou, ainda, que não teria usado a forma spray naquele dia, que o tubo vencido encontrado no lixo teria sido esvaziado e descartado e que somente depois do ocorrido ficou sabendo da Resolução da Anvisa que proíbe a aplicação da lidocaína gel diluída. Historiou que fez sua formação em endocrinologia em 2005-2006 e que nada foi passado sobre a Resolução da Anvisa, que já tinha formação em gastroenterologia, e que não sabia da necessidade de alvará específico para o funcionamento de sua clínica, posto que seria somente um adendo daquela que possuía no município de Capinzal, e porque ocorreu a fiscalização da vigilância sanitária em Joaçaba, sem que fosse orientado sobre o alvará específico.

Por fim, registrou o sentimento que possui pelas perdas das famílias, que entende as ações cíveis que provavelmente serão interpostas e que enfrentou dificuldades com o ocorrido, tendo ficado desempregado até ser aceito pela prefeitura de Água Doce. Ressaltou que até hoje sofre com a angústia e que não tem sensação de liberdade completa (mídia de fl. 702).

Conforme se extrai do interrogatório, o uso da lidocaína gel diluída em um copo de café tratou-se de uma adaptação que o réu fez, diante da falta do medicamento na forma de spray. O raciocínio, segundo ele, foi diluir a mesma quantidade que usaria para lubrificar o endoscópio.

Ocorre que tal prática é atualmente desconhecida dos outros médicos que foram ouvidos em Juízo, além de **proibida** pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), conforme se infere da Resolução n. 244 de 30 de Agosto de 2005 (grifei):

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no uso da atribuição que lhe confere o art. 11, inciso IV, do Regulamento da ANVISA aprovado pelo Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999, c/c o art. 111, inciso I, alínea “b”, § 1º, do Regimento Interno aprovado pela Portaria nº 593, de 25 de agosto de 2000, republicada no DOU de 22 de dezembro de 2000, em reunião realizada em 29 de agosto de 2005;

considerando que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, conforme estabelecido no artigo 197 da Constituição Federal de 1988;

considerando as disposições contidas na Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, e no Decreto nº 79.094, de 05 de janeiro de 1977, acerca do sistema de vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos;

considerando a Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, que dispõe sobre as infrações à legislação sanitária federal e estabelece as respectivas penalidades; adotou a seguinte Resolução de Diretoria Colegiada e eu, Diretor-Presidente, determino a sua publicação:

*Art. 1º Fica proibido o uso de preparações contendo a substância **LIDOCAÍNA (DCB 05313)**, na forma farmacêutica solução oral para uso interno.*

*Art. 2º Somente é permitido o uso de preparações contendo a substância **LIDOCAÍNA (DCB 05313)**, na forma farmacêutica spray, para aplicação tópica em mucosas, quando o aplicador for dotado de dispositivo que garanta a dose exata de aplicação.*

Art. 3º O não cumprimento às determinações desta Resolução sujeitará o infrator às penalidades previstas na Lei nº 6.437/77 e demais legislações complementares, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis.

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação¹.

¹ <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=6231&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Ag%EAnCIA%20Nacional%20de%20Vigil%Encia%20Sanit%Eria&numero=244&situacao=VIGENTE &data=30-08-2005>

Igualmente, colhe-se do material juntado aos autos (fls. 48-51) que a própria ANVISA publicou um informe aos profissionais de saúde sobre os procedimentos endoscópicos. O documento, elaborado após a ocorrência de 3 óbitos e 12 reações adversas graves em pacientes que utilizaram o anestésico lidocaína em endoscopias no estado da Bahia, é de extrema relevância para o caso, e será agora citado por meio dos tópicos mais importantes:

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) alerta os profissionais da área para a ocorrência de eventos adversos envolvendo a utilização de anestésicos e a realização de procedimentos endoscópicos, em estabelecimentos de assistência à saúde.

[...].

As investigações preliminares das vigilâncias sanitárias de Minas Gerais e da Bahia, estados onde o produto foi manipulado (MG) e utilizado (BA), indicaram a existência de irregularidades e de falhas nos processos de realização do exame e no processamento dos artigos médicos, incluindo a utilização incorreta do medicamento.

[...].

Os dados preliminares da investigação dos óbitos na Bahia levaram a Anvisa a determinar a proibição do uso em todo o país, das formas (a) líquidas (solução oral) para uso interno e (b) spray do medicamento lidocaína, que não dispunham de aplicador que garanta a exatidão da dose aplicada.

*Essas formas de apresentação do produto não garantem a segurança aos usuários. **Qualquer erro na dosagem pode resultar em altas concentrações da substância no organismo do paciente, levando a reações adversas graves e até mesmo à morte.***

***A decisão tomada pela Agência deveu-se aos riscos da rápida absorção da lidocaína pelo trato gastrintestinal.** (http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2005/300805_4.htm)*

[...].

O medicamento não deve ser administrado em “copinhos”, seringas, almofolias ou por outro tipo de borrifador que não seja o específico para o produto.

O paciente deve ser orientado a não deglutir a solução de lidocaína.²

[...].

Como se vê, já à época do ocorrido havia resolução proibindo o uso da lidocaína gel para uso interno, além de recomendação expressa para que o medicamento **não fosse administrado em copinhos e que o paciente fosse orientado a não deglutir a lidocaína**, exatamente o que ocorreu no dia dos fatos, tudo **devido aos riscos da rápida absorção da lidocaína pelo trato gastrointestinal**. Da mesma maneira, verifica-se que foi realizado laudo pericial nos dois tubos de lidocaína encontrados no local dos fatos, sendo que em nenhum deles constatou-se indícios de má formulação ou concentração acima do normal, até mesmo naquele que estava vencido (fls. 247-248 e 254-255), o que enfraquece a tese do réu de que o motivo do ocorrido teria sido um defeito no produto.

Diante de toda a prova carreada aos autos, verifica-se que o princípio utilizado pelo acusado, de ministrar através de via oral a mesma quantia de lidocaína que colocaria para lubrificar a ponta do aparelho endoscópico, foi aparentemente equivocado, posto que contrário às recomendações da ANVISA a respeito da rápida absorção do medicamento pelo trato gastrointestinal, bem como à própria lógica acerca da dificuldade de precisar a quantidade que está sendo aplicada quando o medicamento está acondicionado em bisnaga.

Assim, para mim, há indícios de autoria, vale dizer, de que a causa dos óbitos foi o manejo inadequado da lidocaína, sem observância de regra técnica de profissão, pelo acusado.

Por fim, há que se discutir a tipicidade, talvez o tópico mais sensível e delicado de toda esta decisão. Conforme registrado alhures, a Acusação entende ter agido o réu com dolo eventual, enquanto a Defesa, como tese alternativa, pugna pelo reconhecimento da culpa.

² <http://www.anvisa.gov.br/servicosaude/control/alertas/notatecnica2.pdf>

Para mim, o dolo eventual é marcadamente caracterizado por uma palavra: **indiferença**. Mais do que assumir o risco de produzir determinado resultado, o agente deve consentir com o mesmo e não se importar com o que vier a acontecer, pois “***a atitude ética da indiferença é o elemento nuclear ou, pelo menos, o ponto de passagem obrigatório para a global compreensão do dolo eventual*** (José de Faria Costa). Isto é, *identifica-se o dolo eventual na seguinte fórmula: ‘seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir’* (FRANK, Reinhard Von. *Das strafgesetzbuch für das deutsche reich, Kommentar*, 1931. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5263>)” (Rec. Crim. 2007.063865-9, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho – j. 17.6.08).

Aliás, diante da conhecida porfia que envolve o tema, é pertinente trazer à baila o entendimento de alguns doutrinadores brasileiros. Guilherme Nucci assim discorre:

Conceito de dolo indireto ou eventual: é a vontade do agente dirigida a um resultado determinado, porém vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não desejado, mas admitido, unido ao primeiro. Por isso, a lei utiliza o termo “assumir o risco de produzi-lo”. Nesse caso, de situação mais complexa, o agente não quer o segundo resultado diretamente, embora sinta que ele pode se materializar juntamente com aquilo que pretende, o que lhe é indiferente (Código Penal comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 211).

Celso Delmanto leciona:

No dolo eventual, não é suficiente que o agente se tenha conduzido de maneira a assumir o risco de produzir o resultado; exige-se, mais, que ele haja consentido no resultado. Esta é a teoria dominante no Brasil, não obstante existam outras em face da dificuldade de se conhecer o âmago da consciência do sujeito ao praticar determinada conduta, [...]. (Código Penal comentado. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 153).

Também são oportunos os dizeres de Luiz Flávio Gomes³:

³ <http://www.conjur.com.br/2011-ago-25/coluna-lfg-diferenciar-culpa-dolo-eventual-acidentes>

Dolo eventual ocorre quando o agente prevê o resultado, aceita-o (assume o risco de produzi-lo) e atua com indiferença frente ao bem jurídico lesado. Três são as exigências do dolo eventual: previsão do resultado, aceitação e indiferença. O dolo eventual não pode ser confundido com a culpa (consistente ou inconsciente), visto que nesta o agente não aceita o resultado nem atua com indiferença frente ao bem jurídico.

Uma outra diferença marcante entre tais conceitos é a seguinte: no crime culposo o agente se soubesse que iria matar alguém não teria prosseguido na sua ação. No dolo eventual o agente, contrariamente, mesmo sabendo que pode matar alguém prossegue no seu ato, porque esse resultado lhe é indiferente, ou seja, se ocorrer, ocorreu (tanto faz acontecer ou não acontecer, visto que lhe é indiferente a lesão ao bem jurídico).

Igualmente os de Fernando Capez:

No dolo eventual, como já dissemos, o sujeito prevê o resultado e, embora não o queira propriamente atingi-lo, pouco se importa com a sua ocorrência ('eu não quero, mas se acontecer, para mim tudo bem, não é por causa deste risco que vou parar de praticar minha conduta - não quero, mas também não me importo com sua ocorrência')(Curso de Direito Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. I, p. 227).

Zaffaroni e Pierangeli também merecem ser citados:

"No dolo direto, o resultado é querido diretamente (como fim ou como consequência necessária do meio escolhido), e esta forma de querer é diferente do querer um resultado concomitante quando o aceitamos com possibilidade: este é o dolo eventual cujo embasamento legal acha-se na segunda parte do art. 18, I, do CP: quando o agente 'assumiu o risco de produzi-lo' (o resultado). Quando uma pessoa planeja a causalidade para obter uma finalidade, faz uma representação dos possíveis resultados concomitantes de sua conduta. Em tal caso, se confia em que evitará ou que não sobrevirão estes resultados, deparamo-nos com uma hipóteses de culpa com representação, mas se age admitindo a possibilidade de que sobrevenham, o caso será de dolo eventual. O dolo eventual, conceituado em termos correntes, é a conduta daquele que diz a si mesmo 'que agente', 'que se incomode', 'se acontecer, azar', 'não me importo'. Observe-se que aqui não há uma aceitação do resultado como tal, e sim sua aceitação como possibilidade, como probabilidade" (Manual de Direito Penal Brasileiro. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 428).

Para finalizar, é imprescindível colacionar a lição do mestre Nelson Hungria que, baseando-se na lição de Paul Logoz (Commentaire du Code Pénal Suisse), ensina o em que consiste o dolo eventual, diferenciando-o da culpa consciente:

Sensível é a diferença entre essas duas atitudes psíquicas. Há, entre elas, é certo, um traço comum: a previsão do resultado antijurídico; mas, enquanto no dolo eventual o agente presta a anuência ao advento desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, ao invés de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, o agente repele, embora inconsideradamente, a hipótese de supereminência do resultado e, empreende a ação na esperança ou persuasão de que êste não ocorrerá. Eis a clara e precisa lição de Logoz, que merece transcrição integral: ‘...a diferença entre estas duas formas de culpabilidade (dolo eventual e culpa consciente) apresenta-se quando se faz a seguinte pergunta: ‘por que, em um e outro caso, a previsão das conseqüências possíveis não impediu o culpado de agir?’ A esta pergunta uma resposta diferente deve ser dada, segundo haja o dolo eventual ou culpa consciente. No primeiro caso (dolo eventual), a importância inibidora ou negativa da representação do resultado foi, no espírito do agente, mais fraca do que o valor positivo que este emprestava à prática da ação. Na alternativa entre duas soluções (desistir da ação ou praticá-la, arriscando-se a produzir o evento lesivo), o agente escolheu a segunda. Para ele o evento lesivo foi como o menor de dois males. em suma, pode dizer-se que, no caso de dolo eventual foi por egoísmo que o inculpado se decidiu a agir, custasse o que custasse. Ao contrário, no caso de culpa consciente, é por leviandade, antes que por egoísmo, que o inculpado age, ainda que tivesse tido consciência do resultado maléfico que seu ato poderia acarretar. Neste caso, com efeito, o valor do resultado possível era, para o agente, mais forte que o valor positivo que atribuía à prática da ação. Se estivesse persuadido de que o resultado sobreviria realmente, teria, sem dúvida, desistido de agir. Não estava, porém, persuadido disso. Calculou mal. Confiou em que o resultado não se produziria, de modo que a eventualidade, inicialmente prevista, não pôde influir plenamente no seu espírito. Em conclusão: não agiu por egoísmo, mas por leviandade; não refletiu suficientemente’.

Nessa toada, é certo que para o reconhecimento do dolo eventual, além da previsibilidade do que pode vir a acontecer, há de se estar presente

a insensibilidade e indiferença para com o resultado nefasto, assim como o assentimento, a aceitação daquilo como mera consequência normal do ato praticado, sem o normal e desejável freio moral que impede o prosseguimento de condutas que têm grande probabilidade de causar trágicos efeitos.

Assentados os pressupostos acima, registro que, para mim, **não há qualquer indício nos autos de que o réu tenha agido com dolo eventual.**

A conclusão absoluta e estreme de dúvidas neste sentido é obtida através da análise da atitude emocional do indivíduo perante o resultado nefasto que veio a ocorrer, técnica a ser empregada na perquirição da culpabilidade do agente, juntamente com a formulação de outras questões, como, *v.g.*, o réu agiu por egoísmo ou com precipitação? Para ele o resultado foi o menor dos males? O ocorrido foi para ele indiferente? Se estivesse persuadido de que o resultado sobreviria realmente, teria, sem dúvida, agido como agiu?

O que se extrai do material probatório, sem que haja necessidade de se fazer minuciosa análise, é que **em nenhum momento o acusado agiu com indiferença, tendo, ao contrário, ficado bastante abalado com o ocorrido e solidário à família das vítimas.**

Neste espeque, colhe-se do depoimento da testemunha Carmem Rosa Tasca (mídia de fl. 668), acompanhante da vítima Santa, que **o acusado estava muito triste com o ocorrido, que não sabia como falar que a paciente tinha falecido e que estava muito preocupado** (aqui, respondendo a pergunta do Promotor de Justiça da Comarca de Videira – Parecia que para ele tanto fazia o que havia acontecido?). Ainda, a testemunha registrou que **após dar a notícia dos óbitos, o réu, ela e o marido da outra vítima se abraçaram e choraram juntos.**

O Sr. Emerson Jair Penteadó, apesar de ser Assistente de Acusação, confirmou que **o médico parecia preocupado com o ocorrido** e que teria se prontificado a dar assistência (mídia de fl. 686).

O Delegado de Polícia que conduziu as investigações, Dr. Maurício Pretto, que indiciou o réu pela prática dos homicídios na forma culposa, além de ter contado em detalhes a forma como foram conduzidos os trabalhos do inquérito, registrou que o acusado, *a priori*, não apontou qualquer causa específica para o ocorrido e **se mostrava surpreso com o que havia acontecido**. Igualmente, asseverou que **o réu estava muito abalado psicologicamente, pálido, atônito, andava de um lado para outro** e falava ao telefone com familiares. Por fim, destacou que **NÃO NOTOU INDIFERENÇA NA CONDUTA DO ACUSADO, que ele não tentou fugir e que auxiliou sempre os trabalhos policiais, inclusive quando intimado a comparecer na Delegacia de Polícia**.

Semelhantemente, extrai-se da prova testemunhal e do próprio interrogatório que o acusado, ao perceber que os sintomas apresentados pelas vítimas Santa e Maria Rosa eram mais graves do que mera reação normal ao anestésico, não envidou esforços em tentativas de reanimação, participando de forma ativa junto com os socorristas do SAMU, realizando compressão cardíaca e entubação, no caso da paciente Santa. Da mesma maneira, falou com o médico plantonista do SAMU pelo telefone, informando sobre a impossibilidade de remoção da paciente que não se encontrava estável (o que demonstra responsabilidade), com o médico anestesista Dr. Julio Tanaka, pedindo orientações de como agir naquele momento (o que foi confirmado pela testemunha) e, ao saber que mais pacientes estavam passando mal, rapidamente se deslocou até o Hospital Santa Terezinha, pondo-se à disposição dos familiares.

Ora, desponta claro como a luz que o comportamento do acusado logo após a ocorrência dos trágicos fatos – e durante também - não possui mínimos contornos de indiferença ou de aceitação ao resultado e é duvidosa até mesmo a previsibilidade efetiva de sua parte, diante da surpresa e da perplexidade com que foi acometido (há relato de que o

acusado parecia “uma barata tonta”, de tão desnortado). A emoção sentida pela perda das pacientes é evidente, tendo se refletido inclusive em seu interrogatório judicial que demonstrou estar ele até hoje sofrendo com a angústia e sentindo pelos familiares das vítimas.

Sem embargo, também é importante assentar que, de uma forma geral, mesmo que o médico suponha que determinada substância pode gerar efeitos adversos, não há como crer que atue ele assentindo com qualquer resultado nefasto que venha a ocorrer, mas, ao revés, na certeza de que aquela atitude não gerará nenhum efeito danoso, ou, quando se está a falar de atos emergenciais, na esperança de que tal não acontecerá. Nenhum médico ao administrar anestésico deixa de recear, ao menos minimamente, que a aplicação pode gerar algum efeito indesejável, por isso é que a dose aplicada é a mínima possível, por isso que o réu, apesar de equivocadamente, tentou utilizar somente um pouco de lidocaína.

Pensar o contrário seria impor ao acusado o rótulo de assassino frio e calculista, o que, a meu ver, não é o caso, definitivamente. Neste contexto, deve ser destacado que mesmo que um médico fosse destituído de sentimentos de humanidade e compaixão, é certo que, em termos puramente racionais, jamais atuaria de forma indiferente com seus próprios pacientes, tendo em vista os significativos reflexos econômicos, sociais e morais que podem advir de uma morte ocorrida em sua clínica.

Logicamente que não se quer comparar a dor da perda de um familiar com perdas econômicas, sociais ou morais, absolutamente, pois não há comparação entre valores que estão em esferas de valor muito diferentes, com absoluta primazia da vida em sentido estrito. Porém, o abatimento psicológico do acusado é ainda visível, o que, alicerçado nos depoimentos de pessoas que verificaram seu estado de ânimo no dia do ocorrido e nas inequívocas tentativas de salvar a vida das vítimas, indica de maneira patente a ausência de indiferença, que, por seu turno, é incompatível com o sofrimento.

No que toca as demais circunstâncias apontadas pelo *Parquet* como indicativos do dolo eventual, em que pese não estarem relacionadas especificamente com a atitude do acusado frente aos fatos, que é o ponto nevrálgico na identificação do elemento subjetivo, foram devidamente rebatidas pela Defesa nos memoriais. Ao médico devidamente habilitado e inscrito no respectivo Conselho é garantido o direito de exercer com plenitude a profissão, sendo vedada somente a divulgação de especialidade ainda não registrada. No caso, o acusado, além de médico devidamente habilitado, possuía formação na área que atendia (fl. 271 e fl. 826).

Com relação ao alvará específico, é plausível o argumento do acusado, de que a clínica que possuía em Joaçaba se tratava de mera extensão da matriz em Capinzal, e que não houve qualquer orientação de que deveria fazer alterações no ambiente. Vê-se que a clínica de Joaçaba existia desde o ano de 2007, com alvará renovado em 2010 (fl. 585), sem notícia de qualquer notificação ou mesmo orientação para fins de adequação do espaço. Além disso, há notícia de que o acusado prestava serviços para municípios da região (depoimento de Orlando Favero – mídia de fl. 686).

A ausência de detalhada anamnese, por seu turno, também encontra explicação, pois os pacientes eram enviados por seus respectivos médicos para a realização dos procedimentos de endoscopia, sendo que já haviam sido anteriormente avaliados por estes. Outrossim, o Dr. Rui Flávia, anestesista, relatou em Juízo “*não ser comum a realização de consulta prévia nos procedimentos de endoscopia, por não envolver cirurgia*” (mídia de fl. 686).

Não se quer dizer que a ausência de alvará e registro específicos, ou mesmo de nova anamnese por parte do endoscopista, estão plenamente justificadas e que não havia qualquer irregularidade no local. O relatório da Vigilância Sanitária de fls. 270-290 diz o contrário e, igualmente, o Dr.

Sergio Monteiro, ouvido em Juízo, informou que tem como procedimento o preenchimento de um relatório completo pelo próprio paciente, que também assina termo de compromisso (mídia de fl. 686).

Porém, o que entendo estar evidenciado é que todas estas circunstâncias refletem-se no grau de culpa atingido pelo acusado e podem ser cotejadas em eventuais ações cíveis, mas não tem o condão de apontar para a presença do dolo eventual, sem dúvidas. Gize-se que o acusado atuava no mesmo local desde o ano de 2007, sem qualquer tipo de intercorrência noticiada.

Não é este o momento adequado para discussões acerca da nova tipificação advinda do afastamento do dolo eventual, mas, ao que tudo indica, os casos podem aproximar-se do erro médico, da imperícia (ou mesmo imprudência), no manejo do medicamento lidocaína, mas, pela prova colhida, jamais do dolo eventual.

Diante deste quadro, que aponta para a existência de crime diverso daqueles previstos no artigo 74, § 1º, do Código de Processo Penal (doloso contra a vida), a solução é somente uma: a desclassificação da conduta dolosa atribuída ao acusado, nos termos do artigo 419 do CPP:

Art. 419. Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1º do art. 74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja.

É verdade que na Comarca de Joaçaba há apenas uma Vara Criminal, ou seja, este Magistrado subscritor é responsável por processar e julgar todas as espécies de crimes, sem distinção, o que invariavelmente fará com que o feito retorne a este Gabinete para ser julgado, salvo hipóteses de substituição. Porém, é certo também que nesta fase procedimental é vedado ao Juiz, ainda que judicante em Vara Única, proceder de imediato ao julgamento da causa, posto que a sentença desclassificatória é atacável mediante recurso em sentido estrito (art. 581, II, do CPP).

Isso é o que se colhe da jurisprudência do e. TJSC:

APELAÇÃO CRIMINAL. ACUSADO DENUNCIADO POR TENTATIVA DE HOMICÍDIO (ART. 121, CAPUT, C/C ART. 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA DE IMPRONÚNCIA. INSURGÊNCIA DA ACUSAÇÃO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE (ART. 129, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). IMPRONÚNCIA INDEVIDA. ELEMENTOS QUE APONTAM PARA A AUTORIA DO DISPARO. CONSTATADA, ENTRETANTO, AUSÊNCIA DE ANIMUS NECANDI QUANDO DO DISPARO. OCORRÊNCIA DE CRIME NÃO ARROLADO NO ART. 74, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO INARREDÁVEL. IMPOSSIBILIDADE, TODAVIA, DE RECLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA NESTE MOMENTO PROCESSUAL. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO COMPETENTE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. “Finda a fase de formação da culpa, ao proferir decisão de desclassificação e, assim, afastar a competência do Tribunal do Júri, nos moldes do art. 419 do Código de Processo Penal, o magistrado não deve apreciar a causa, tampouco o Tribunal na análise de eventual recurso, senão remeter os autos ao juízo competente para o julgamento”. (TJSC - Apelação Criminal n. 2013.015261-5, de Blumenau, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 30/04/2013). (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.031925-3, de Dionísio Cerqueira, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 20-08-2013).

A doutrina também não destoa:

Na oportunidade da pronúncia, pode o Juiz, diante das provas colhidas, convencer-se de que o crime não é da competência do Júri. Nesse caso, cumpre-lhe, nos termos do art. 419, proferir decisão demonstrando que a infração não se mete a rol entre aquelas a que se refere o § 1º do art. 74 do CPP. Não deve ele, sob pena de prejulgamento, dar a qualificação jurídico-penal ao fato, e sim afirmar que a infração não é da alçada do Tribunal leigo. [...] Proferida a decisão, nada impede possa o Ministério Público ou o querelante (na hipótese do art. 29 do CPP) interpor recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, II, do CPP. Preclusa a via impugnativa, os autos devem ser remetidos ao juízo competente. Se na Comarca existir mais de um Juiz igualmente competente, os autos serão redistribuídos, salvo a hipótese de ha-

ver Juiz único, quando, então, a competência será daquele Juiz que proferiu a decisão de desclassificação” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado. v. 2,13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010)

[...] ao desclassificar de um infração para outra, que não de competência do Tribunal popular, não deve dizer qual a infração, pois ao chegar no juízo singular, ficaria este amarrado à capitulação feita inicialmente e não impugnada no tempo oportuno e do modo devido” (RANGEL, Paulo. Direito processual penal. Rio de Janeiro: Lúmes Juris, 2006. p. 512).

Como se vê, ao proceder conforme determina o artigo 419 do CPP deve o Magistrado, após ultrapassadas as hipóteses de impronúncia e absolvição sumária, ou seja, depois de verificar a existência de indícios de autoria e materialidade, analisar o elemento subjetivo do tipo. Constatando à toda evidência a completa ausência de dolo na conduta do agente, deve desclassificar o delito, sem “reclassificá-lo”, inclusive. Igualmente, não deve o Magistrado, por ocasião da desclassificação nesta fase, proceder ao julgamento do crime conexo, no caso lesões corporais contra a vítima Vivian Deny Toldo.

Não se trata de usurpação da competência do Tribunal do Júri, posto que submeter ao Conselho de Sentença causa que evidentemente não possui caráter doloso (ainda que eventual) seria o equivalente a violar dispositivo constitucional. A decisão *pro societatis* deve ser feita quando há dúvidas acerca da existência do dolo, e não quando está exaustivamente comprovada sua ausência.

DECIDO.

Ante tudo que foi exposto, por estar plenamente convencido da ausência de dolo, DESCLASSIFICO as condutas atribuídas ao réu DENIS CONCI BRAGA, já qualificado, com relação às vítimas Iara Penteadó, Maria Rosa de Almeida dos Santos e Santa Pagliarini Sipp, para

outras diversas da competência do Tribunal do Júri, com fundamento nos artigos 419 e 74, § 1º, ambos do Código de Processo Penal.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Sobrevindo recurso ou preclusa a decisão, voltem.

Cumpra-se.

Joaçaba (SC), 26 de agosto de 2014.

Márcio Umberto Bragaglia
Juiz de Direito

Autos n. 0001550-85.2014.8.24.0037

Comarca: Joaçaba

Vara Criminal

Ação: Ação Penal - Procedimento Ordinário

Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Acusado: L. F. C.

Vistos etc.

Trata-se de processo criminal em que foi denunciado L. F. C., qualificado nos autos, como incurso nas sanções do artigo 218-B, § 2º, inciso I, c/c o artigo 71, *caput*, ambos do Código Penal (vítimas W., J.V. e N.), artigo 218-B, § 2º, inciso I, c/c artigo 234-A, inciso IV, e artigo 71, *caput*, todos do Código Penal (vítima V.) e artigo 218-B, § 2º, inciso I, do CP (vítima L.), todos na forma do artigo 69, *caput*, do CP. Segundo apertada síntese da denúncia, durante o período compreendido entre o ano de 2011 e primeiro trimestre de 2014, movido por instinto libidinoso, o acusado teria passado a aliciar adolescentes do sexo masculino, todos com idade entre 14 e 17 anos, os quais exerciam atividade laborativa na empresa do réu, à prática de relações sexuais, mediante o pagamento de certa quantia em dinheiro.

A prisão preventiva do acusado foi decretada nos autos n. 1138-57, bem como se expediu mandado de busca e apreensão em sua residência (fls. 32-37, apensos).

A denúncia foi recebida em 2/5/2014 (fl.204), tendo na mesma data sido inferido pedido de revogação da prisão (fls. 205-207).

O réu, devidamente citado (fl. 223), apresentou resposta à acusação às fls. 212-221.

Às fls. 229-232 indeferi novo pedido de liberdade, bem como a realização de “exame médico-legal”.

À fl. 259 determinei a cisão do feito em relação ao crime previsto no artigo 130 do Código Penal.

Realizou-se audiência de instrução e julgamento em 18/6/2014, com oitiva das testemunhas e interrogatório do acusado (fls. 269-279).

Com vista dos autos, o Ministério Público **aditou** a denúncia, para que passasse a constar em relação ao histórico dos fatos e eventos 3 e 4 da exordial, que em relação aos adolescentes que não aceitassem se submeter à prática de ato libidinoso, o denunciado, que possuía em sua residência armas de fogo, ameaçava matar seus familiares. Assim, de substancial, o aditamento tratou de incluir entre as condutas do acusado a grave ameaça, razão pela qual o Ministério Público pugnou pela condenação do acusado também como incurso nas sanções do artigo 213, *caput*, c/c artigo 71, *caput*, ambos do Código Penal (vítimas N. e V.), em concurso material (art. 69 do CP), mantendo, no mais, a redação da peça inicial (fls. 282-284).

A Defesa se manifestou a respeito do aditamento às fls. 287-296.

Em 3/7/2014 (fls. 299-300), recebi o aditamento da denúncia, indeferi novo pedido de liberdade, deferi a realização de avaliação psicológica nas vítimas N. e V. e designei a audiência prevista no artigo 384, § 2º, do CPP.

A nova solenidade foi realizada em 30/7/2014 (fls. 313-328), com oitiva das vítimas, testemunhas e interrogatório do acusado.

O laudo pericial está acostado às fls. 336-353.

Sobrevieram os memoriais da acusação, pugnando pela condenação do acusado, nos termos da denúncia e seu aditamento (fls. 357-378). A Defesa, por seu turno, requereu a absolvição, com teses alternativas (fls. 381-404).

Os antecedentes foram certificados (fls. 405-407).

É o relato. Passo a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, e sem muitas delongas, registro que, para mim, está devidamente assentado o fato de que o acusado praticou atos libidinosos (sexo anal e/ou oral) com as vítimas deste processo. O que me leva a crer neste sentido, sem qualquer tipo de dúvida, são as seguintes evidências: a) **Os depoimentos de N.G.S.L, V.J.S.L, W.H.S.L, J.V.S.L e L.F.S.V (mídias juntadas às fls. 279 e 328), firmes, sinceros e inclusive com demonstração de abalo forte, externado através do choro da vítima de mais tenra idade (J.V)**; b) Os depoimentos dos pais das vítimas (Cristian e Charles – mídias de fl. 279), **com claras manifestações de constrangimento e repugnância pelo ocorrido**; c) **o resultado do laudo psicológico de fls. 336-353, que indica a plausibilidade nas declarações de N e V**; d) **a realização de exames específicos para identificação de doenças venéreas (VDRL e TREPONEMA PALLIDUM), inclusive na vítima que nunca trabalhou na empresa, L., e até mesmo em laboratórios diferentes (fls. 31-55)**; d) o desconhecimento da família das vítimas a respeito da realização de exames de sangue; e) **a confirmação do balconista da farmácia, Sr. Jairton Trevisol Dias (mídia de fl. 279), de que o réu efetivamente foi até a farmácia com três garotos solicitando a aplicação de medicamentos que podem ser utilizados para o combate à DST's (o que foi negado pelo réu)**; f) **o fato de que a ida até a farmácia se deu em um domingo (fls. 17-18), o que afasta de pronto a tese de que o réu teria para lá se dirigido com o intuito de visitar uma empresa que fica em cima da farmácia**; g) **o fato de que a investigação se iniciou porque o policial Pedrini, para infortúnio do acusado, residia próximo à farmácia e percebeu quando o acusado lá chegava com os garotos, daí a queda da tese de o réu estar sendo vítima de armação por parte das vítimas, pois estas que foram procuradas pela polícia, depois de fornecidos alguns nomes pelo laboratório, e não o contrário**; h) o

fato de que não foram apresentados pela Defesa quaisquer documentos que fossem capazes de subsidiar a tese do réu (extratos bancários, cópias de e-mails com orçamentos das máquinas que iriam comprar, notas promissórias, passagens aéreas, cópias da ação cível que disse estar movendo para cobrança etc), arroladas testemunhas (Dr. Francisco Assis de Lima, p.ex, que teria intermediado empréstimo de cem mil reais ao réu, gerentes de banco, proprietários de empresas que forneceriam as máquinas) ou mesmo inquiridas as vítimas a respeito deste tópico; i) o fato de que o *modus operandi* para aquisição das máquinas para empresa do réu é pouco ortodoxo, para dizer o mínimo (compras em três cidades diferentes do país, na mesma época e em dinheiro vivo); j) o fato de a testemunha G. S. até hoje não ter explicado à sua mãe qual o motivo da realização dos exames de sangue (depoimento de M. B. à fl. 328); l) **apreensão de armas, gel lubrificante, preservativos e remédio usado no trato a DST's na empresa do acusado (termo de fl. 66)**; m) depoimento do proprietário do laboratório CEPAC no sentido de que o réu teria dito que as vítimas eram em verdade seus sobrinhos (fl. 169); n) o depoimento do policial Juliano Pedrini (mídia de fl. 328), explicando como a investigação se iniciou e dando conta da existência de denúncias envolvendo o acusado.

Outrossim, entendo que o resultado dos laudos de fls. 247-251 também não se prestam a reduzir a credibilidade dos dizeres das vítimas. A um, porque realizados dois meses depois da prisão do acusado. A dois, porque alguns dos periciados não mais laboravam na empresa. A três, porque um deles disse não ter praticado cópula anal. E, a quatro, porque as próprias vítimas relataram que o acusado utilizava uma espécie de lubrificante e que não ficavam machucados.

Outro ponto que não pode passar despercebido e que inclusive causa a perplexidade do Juízo é que **o acusado já se viu envolvido em situações que envolvem menores e sexo por diversas vezes nesta Comarca**, tendo sido até mesmo preso por certo período e certamente passado por

constrangimentos tanto para si quanto para sua família. Porém, mesmo depois de tantos problemas, **continua tendo relações bastante próximas com pessoas de faixas etárias bem diferentes da sua, combinando viagens com menores (conforme sua defesa direta), fazendo exames para detecção de doenças venéreas até mesmo em ex-funcionários e pessoas totalmente alheias a sua empresa (V e L), levando menores de idade para tomar medicação que combate doença venérea sem receita médica (em um domingo), contratando meninos de 14 anos para trabalhar em sua empresa (J.V) etc.** Quer dizer, nem mesmo prudência no trato com os adolescentes o acusado passou a ter depois de tudo que lhe aconteceu.

Estranha-se também a ocorrência de mais dois casos de contaminação com doença sexualmente transmissível na empresa do réu (G. D. de L. e G. S.), o modo como isso era tratado aparentemente de forma natural pelo acusado, a suposta existência de relações homossexuais entre funcionários (G. S., somente na fase judicial, contou ter mantido relação sexual com outro homem juntamente com V., o que foi negado por este) e o suposto interesse do acusado em auxiliar ex-funcionários acometidos por doenças venéreas (V).

Para finalizar este tópico que trata do comportamento do réu, é importante registrar que ele já foi condenado por este Juízo por manter relações sexuais em troca de dinheiro com outro menor, também seu funcionário, em situação bastante parecida com a que se está a discutir aqui. O e. TJSC absolveu o réu por entender que a conduta seria atípica, porém, conforme se infere à fl. 266, **reconheceu a ocorrência dos atos libidinosos mediante o pagamento de pequenas quantias em dinheiro.** Destaque-se que o processo está atualmente em grau de recurso especial, ou seja, não há trânsito em julgado.

Assim sendo, forte na palavra das vítimas, corroboradas por todas as circunstâncias acima elencadas, entendo que está evidenciada a prática de atos libidinosos por parte do réu. A respeito do tema, colhe-se da jurisprudência catarinense:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CAPUT, C/C ART. 71, AMBOS DO CP). PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DE CONJUNÇÃO CARNAL POR DUAS VEZES. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO À AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. INOCORRÊNCIA. DECLARAÇÕES COERENTES DA INFANTE NAS DUAS ETAPAS PROCESSUAIS, CORROBORADAS PELOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. INJUSTO TÍPICO PENAL CARACTERIZADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Nos delitos contra a liberdade sexual, geralmente cometidos na clandestinidade, o depoimento das vítimas, quando claro, coerente, harmônico e em sintonia com os demais elementos probatórios, é bastante para garantir a condenação, ainda que sem a presença de vestígios no exame pericial. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.048459-8, de Joaçaba, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 17-09-2013).

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A) - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. [...]. HARMONIA ENTRE AS PALAVRAS DAS VÍTIMAS E DAS TESTEMUNHAS - ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. [...] I - Em se tratando de crime de estupro na modalidade de prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, o qual geralmente não resulta vestígios no corpo da vítima, tem-se admitido a dispensa de laudo pericial conclusivo, em especial quando existentes nos autos outros elementos aptos a comprovar a materialidade delitiva, tais qual as declarações firmes e uníssonas das vítimas e dos testigos, que servem, ainda, como fundamento bastante ao apontamento da autoria do crime. Nesse contexto, é cediço que, com relação aos crimes contra a liberdade sexual, por via de regra, a imputação da responsabilidade é insuscetível de demonstração com base em vestígios ou mediante declarações de testemunha ocular, dada a peculiaridade de que são praticados na clandestinidade (qui clam committit solent), revestindo-se, assim, a palavra da vítima, em casos tais, de relevância preponderante, mormente se as suas assertivas mostrarem-se associadas com a realidade dos autos e demais elementos de prova. [...]. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.071301-2, de Blumenau, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 16-08-2011).

Resta, portanto, perquirir individualmente a tipicidade com relação a cada um dos ofendidos.

No que toca **aos crimes previstos no artigo 213 do Código Penal, cujas vítimas são N e V**, entendo que estão bem configurados.

N (mídias de fls. 279 e 328) confirmou que após manter relações sexuais com o acusado recebia dinheiro, em torno de R\$ 30,00. Contudo, registrou que **a razão pela qual aceitava a sodomia eram as ameaças que sofria**. Segundo a vítima, o acusado ameaçava contar para seus amigos que era “veado” e, e aqui está a parte que realmente o amedrontava, **dizia que já tinha uma pessoa contratada para matar seu tio (C. B. de L.), bem como ele próprio e sua família**. Esta era a razão pela qual se via obrigado a manter as relações sexuais e manter-se calado. Os pormenores da prática homossexual também foram historiados por N (início com 14 anos, mais de dez ocorrências, relação sem preservativo e com lubrificante, inexperiência sexual pretérita, ingestão de remédios a mando do acusado, conhecimento da existência de arma de fogo, sofrimento etc).

Seu depoimento está em consonância com o que foi dito na Delegacia de Polícia (fls. 8-9) e com os relatos de seu tio (fls. 93-94 e mídia de fl. 279), que, diga-se, assentou ter a vítima “tirado um peso das costas” e “se tornado outra pessoa” após a prisão do acusado. A ciência da vítima acerca da existência de arma de fogo no local em que ocorriam os abusos é outro fator que, ao menos de forma sutil, certamente colaborou para a atemorização da vítima e configura a grave ameaça.

Igualmente, o competente **laudo psicológico de fls. 336-334**, além de auxiliar o Juízo a compreender melhor o caso, as razões para a aceitação de ser colocado em posição tão deprimente e as consequências que isso tudo pode ter provocado na vítima, reitera os dizeres anteriores, no sentido de que as relações sexuais ocorriam sob ameaça, indicando “significativo encaixe conceitual”, com discurso “lógico e coerente” e

plausibilidade de que os fatos tenham ocorrido conforme relatado. Em resposta aos quesitos indicados pelas partes, o exame é claro ao indicar que **a vítima possui sentimentos de medo e apreensão em relação ao acusado; não alterou sua versão; apresentou raciocínio lógico; há indícios de ameaças; há abalo psicológico e alterações comportamentais e emocionais na vítima.**

V (mídias de fls. 279 e 328) também relatou que recebia dinheiro pelas relações sexuais, como um acréscimo em seu contracheque. Porém, da mesma forma que N., **asseverou que aceitava a sodomia devido as ameaças,** que primeiro teriam ocorrido com o acusado dizendo que contaria a seus amigos e colegas que era homossexual e assistia vídeos eróticos gay. Depois, passaram a ser **ameaças de morte a sua família, tendo a vítima relatado claramente que mantinha as relações por medo de que ele fosse matar seu pai e sua mãe.** Contou também que o único homem que manteve relações sexuais foi o acusado, que as práticas ocorreram por dois anos (toda a semana) e que foi contaminado com sífilis. Os pormenores da prática homossexual também foram historiados por V (início com 14 anos, forma como ocorreu a primeira abordagem – vídeo gay –, relação sem preservativo e com lubrificante, inexperiência homossexual pretérita, ingestão de remédios a mando do acusado, conhecimento da existência de arma de fogo, medo etc).

A vítima não relatou extrajudicialmente as ameaças à família (fls. 11-12), porém o restante de seu depoimento é coerente e contém as ameaças de difamação e demissão da empresa. Da mesma maneira, o laudo psicológico de fls. 345-353 confirma o que foi por ele relatado nas duas vezes que foi ouvido em Juízo, isto é, que as relações ocorriam mediante ameaça, primeiro de difamação e depois de morte contra sua família, indicando “significativo encaixe conceitual”, com discurso “lógico e coerente” e plausibilidade de que os fatos tenham ocorrido conforme relatado. Em resposta aos quesitos indicados pelas partes, o exame aponta

que a vítima possui sentimentos de raiva, ódio, nojo e desejo de vingança em relação ao acusado; que não alterou sua versão; que apresentou coerência e sequencia lógica; que há indícios de ameaças; e que há abalo psicológico e alterações emocionais na vítima.

A plena ciência de que o réu possuía arma de fogo é, outrossim, elemento que também aponta para a intimidação e para a inserção de temor na mente da vítima, ainda que de forma velada. Assim, configurada está a grave ameaça.

No que toca à causa de aumento de pena do artigo 234-A, IV, do Código Penal, entendo que melhor sorte assiste à Defesa. É bastante provável que tenha sido efetivamente o réu que transmitiu sífilis à V, pois sua atitude de encaminhar todas suas vítimas para exames médicos demonstra preocupação com a contaminação da doença que sabia ser portador, ou, ao menos, interesse em continuar praticando suas condutas sem usar preservativo. Ocorre que, a despeito de saber que a ciência médica não é exata e, portanto, não há como se dar diagnósticos definitivos, entendo que a palavra do Dr. Pedro Frâncio (mídia de fl. 328), ouvido em Juízo, não pode ser simplesmente descartada. O Doutor afirmou que tratou o réu de uma sífilis há mais de 10 anos atrás e foi categórico ao afirmar que ele estaria curado e que o resultado de seu exame (1.1 – fl. 34) é negativo e, portanto, não tem como transmitir a doença.

O médico urologista, assim como o bioquímico Glaucio Grandó Galli (mídia de fl. 328), informaram também que o resultado de 1.1 pode ser um falso positivo, já que a cicatriz imunológica produzida pela DST permanece por um longo período no organismo. Ademais, a certeza absoluta acerca da efetiva presença da doença somente é obtida com testes treponêmicos, que, com relação ao acusado, aparentemente não foram realizados.

Ademais, com relação à vítima V, o exame para detecção da sífilis somente foi realizado em março de 2014, ou seja, quando ele já tinha 18 anos

e, portanto, possivelmente vida sexual ativa, não tendo, segundo ele próprio, jamais demonstrado sintomas da doença. Frise-se que a vítima já havia saído da empresa há cerca de dois anos quando foi realizado o exame, o que, se por um lado levanta severas suspeitas sobre a intenção do acusado (e aqui encontra-se a preocupação em ter infectado suas vítimas, ou mesmo seu interesse próprio em praticar sexo sem preservativo sem perigo de contrair DST), por outro também põe em dúvida que tenha sido efetivamente ele o contaminador, até porque as demais vítimas não apresentaram a doença, apesar de as relações se darem quase sempre sem preservativo.

No que concerne **aos crimes previstos no artigo 218-B, § 2º, inciso I, do Código Penal, cujas vítimas são W, J.V e L**, também penso estarem comprovados.

W contou que trabalhou por um ano na empresa de forma normal, mas que, depois, **o acusado teria passado a oferecer-lhe dinheiro, em torno de R\$ 40,00, em troca das relações sodomitas, que teriam ocorrido de 4 a 5 vezes**. Relatou que o acusado usava preservativo e lubrificante, que sabia da existência da arma de fogo e que também foi ameaçado, primeiro de demissão e depois de morte a seus familiares. Ainda, deu mais alguns pormenores da atuação do agente (destaque para o primeiro contato, falando que já tinha feito “coisas” com outros rapazes”) (mídia de fl. 279).

Seus relatos estão substancialmente em consonância com aquilo que foi dito na Delegacia de Polícia e, também, com aquilo que foi relatado por seu pai, **C. J. S. de L. (mídia de fl. 279), no sentido de que o filho ficava muito nervoso quando recebia ligações do acusado e que teria ficado perturbado com o ocorrido, necessitando de ajuda psicológica**. A questão das ameaças surgem de forma muito tênue no depoimento e, por isso, não são passíveis de tipificar a conduta como estupro.

J.V. o mais novo de todos, relatou que um dia em que estava a sós com o acusado este lhe disse: **“você sabe que eu faço coisas com rapazi-**

nhos”, tendo dito que se ele não mantivesse relações sexuais o demitiria e contaria para seus pais. Afirmou que recebia dinheiro, de R\$ 30,00 a R\$ 35,00, que o réu usava lubrificante, preservativo às vezes, que ficava com dor e que os abusos teriam ocorrido durante vários meses, duas vezes por semana. Informou que tomou uma injeção uma vez que o acusado disse que era para gripe, que o que mais tinha receio era de que outras pessoas ficassem sabendo e ele fosse demitido e que tem vergonha de falar sobre o assunto (mídia de fl. 279).

Seus relatos estão substancialmente em consonância com aquilo que foi dito na Delegacia de Polícia e a clara **emoção que sentiu durante o depoimento judicial (7’33’’) é mais um elemento que aponta para o abalo moral, psicológico e físico sofrido pela vítima e, portanto, reforça a autoria por parte do acusado.**

L, por seu turno, não trabalhava na empresa do réu, e informou ter sido abordado na rua enquanto caminhava com um amigo que já tinha saído com ele. O amigo que teria feito a intermediação, dizendo que **o réu pagava R\$ 100,00 pelo encontro.** L afirmou que tinha 17 anos na época e aceitou, sem saber direito porquê, mas que o acusado somente teria feito sexo oral, sem preservativo, pois era “somente” isso que aceitaria fazer. Registrou que não teve violência, mas que parou de ir ao encontro do acusado recebeu uma carta dele dizendo que divulgaria imagens das relações que mantiveram. Por fim, confirmou que fez exames a mando do acusado e que **o réu afirmou que se levasse mais meninos pagaria mais.**

Há pequena divergência entre o relato judicial e o extrajudicial, no que concerne ao amigo que teria intermediado a negociação entre o réu e L. Na Delegacia, a vítima informou que esta pessoa foi Gean Domingues de Lima, funcionário do acusado e testemunha de defesa, ao passo que em Juízo informou que o amigo se chamava “João”, sem lembrar o sobrenome. Ora, este detalhe, e até mesmo a proximidade de “João”

com “Gean” está a indicar que a vítima alterou o nome do “amigo” que o indicou para o réu, certamente pensando que este detalhe não alteraria de forma extrema seu depoimento, já que mantido no que toca ao essencial (a prática de atos libidinosos com o acusado).

Essa constatação é bastante crível, diante das informações extrajudiciais de que G. D. e G. S. (testemunhas de defesa, também contaminados com sífilis) também manteriam relações sexuais com o acusado, além de serem seus funcionários.

Com relação à adequação típica da conduta prevista no artigo 218, § 2º, inciso I, do CP, algumas considerações devem ser feitas. Não desconheço a polêmica envolvendo o artigo citado, bem como a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do tema. Há corrente com o entendimento de que o inciso I busca a responsabilidade penal do “cliente”, isto é, daquele que pratica conjunção carnal com pessoa que já esteja sendo submetida, induzida, ou atraída à prostituição por terceiro.

Entretanto, não comungo do mesmo entendimento. As discussões referem-se muito aos verbos nucleares do tipo (submeter, induzir ou atrair), argumentando que tais atitudes só poderiam advir de pessoa que agencia, que coloca o adolescente em situação de prostituição ou exploração sexual. Porém, não é possível acreditar que o legislador, ao incluir o inciso I no artigo 218-B, não tenha pretendido criminalizar a conduta daquele que oferece dinheiro à menor de idade para a prática de ato sexual (interferindo diretamente em sua dignidade e liberdade sexuais), justamente em uma mudança legislativa que procurou endurecer as penas para estes crimes, além de combater de maneira mais efetiva as redes de prostituição e exploração infantil.

Estribando o meu posicionamento está a justificção do Projeto de Lei n. 253/2004, que originou a Lei n. 12.015/2009, que por sua vez alte-

rou a parte do Código Penal atinente a crimes sexuais. Está lá, na página 6¹ (os grifos são meus):

“O projeto admite certa liberdade sexual de adolescentes entre 14 e 18 anos, mas os protege contra aliciamento ou perversão, que mine tal liberdade.”

Ainda, na mesma página:

“Outra atenção foi dada ao cliente da prostituição infantil, acrescentando-se o artigo 218-B, do qual deve constar parágrafo a dispor de quem incorre também no crime de favorecimento quem tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com pessoa menor de 18 e maior de 14 anos.”

Mesmo que não se socorresse da justificação do PL, a situação, analisada pelo viés do posicionamento divergente, torna-se até sem sentido. Ora, quer dizer que o sujeito que procura terceiro para lhe “arranjar” um encontro com um menor comete um crime grave, mas aquele que age sozinho, “caçando” meninos e meninas para praticar sexo em troca de dinheiro não comete crime algum? Evidente que não. Fosse assim, teríamos de permitir aos depravados anunciarem no jornal: *“Procuro meninos de 14 a 18 anos para fazer sexo uma única vez. Pago bem”*.

Veja-se o quão ridícula e nauseante soa essa frase que citei. Pois é exatamente esse o cerne daquilo que o posicionamento divergente alega, isto é, que o legislador não quis criminalizar aquele que paga por sexo com menor, desde que não haja situação de prostituição pretérita, o que, à meu ver, não é crível. Com efeito, pela experiência forense, sabe-se que muitas vezes os abusadores de menores acabam por trocar contatos de suas vítimas uns com os outros, até para que fique mais fácil de “dar o bote” em um jovem que já se sabe ter aceito outras ofertas. Tudo isso fomenta a exploração sexual e a prostituição de menores, que deve ser combatida na gênese.

¹ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=36730&ctp=1>. Acesso em: 5/12/2012.

O fato de manter relações sexuais com menores entre 18 e 14 anos de idade, desde que voluntariamente, de fato não constitui ilícito penal atualmente. Entretanto, condutas que resultam em quebra do ciclo natural da vida, que engloba, também, o sexo e as escolhas advindas de sua prática, continuarão a ser reprimidas pela Justiça.

Destaco, igualmente, que apesar dos entendimentos contrários, e posicionamentos “progressistas”, o fato aqui em tela reveste-se, sim, de extrema gravidade, pois traz nefastas consequências para o desenvolvimento físico, psicológico, intelectual e emocional dos jovens. Ademais, como dizer que o aliciamento de um filho, de um neto ou mesmo um conhecido menor de idade, para a prática de atos libidinosos homossexuais mediante pagamento não gera repulsa? Como dizer que não fulmina a liberdade sexual de um adolescente que, precisando de dinheiro, degrada-se a ponto de manter relações sexuais em troca de alguns trocados? É impossível, razão pela qual, como já referi na abertura desta fundamentação, condutas como a do réu devem ser reprimidas.

Por fim, além de reiterar as palavras do Representante do Ministério Público sobre o tópico em suas derradeiras alegações, registro que resta evidente **a utilização de *modus operandi* pelo acusado, contratando meninos bastante jovens e humildes para trabalhar em sua empresa, utilizando, se não de ameaça, de chantagem emocional (demissão, contar para os amigos), de superioridade financeira e profissional e outros artifícios. Além disso, conforme relatado pela vítima L., o acusado lhe informou que se trouxesse mais meninos poderia pagar mais. Tudo isso, alinhado à sua insistência em praticar atos libidinosos, obviamente indica a atração à prostituição de menores de 18 anos.**

Sem embargo, verifica-se que os depoimentos das testemunhas defensivas e informantes (G. S., P. B. do A., M. B., G. D. de L., R. Z., I. da S. e M. B. B. – mídia de fl. 328)) não apresentaram álibis em favor

do acusado, sendo somente abonatórios e no sentido de apontar que o ambiente de trabalho era normal. Contudo, conforme restou apurado, as práticas homossexuais ocorriam na parte de encadernações da empresa, localizada no Bairro Santa Tereza, nesta cidade, ou seja, bem longe dos olhos dos demais funcionários e especialmente das mulheres que lá trabalhavam, e que realmente nunca foram assediadas. Com relação a G. S. e G. D. de L., é importante assentar que há menção nos autos que também teriam mantido relações sexuais com o réu, o segundo inclusive “intermediando” o encontro com outro rapaz, tendo os dois, inclusive, sido acometidos de sífilis.

A tese do acusado, conforme já explicado, não foi substancialmente debatida durante a instrução, já que sequer as vítimas foram inquiridas sobre a questão (apropriação de R\$ 30.000,00 depositados na conta de N), o que, conforme o próprio acusado, já era de conhecimento da Defesa desde o princípio.

Assim, considerando que os argumentos defensivos estão todos rebatidos, ainda que indiretamente, por todo o contexto exposto na fundamentação e que a versão do acusado não merece respaldo, pois não confirmada pelo enredo probatório, a condenação de L. F. C., como incurso das sanções do artigo 213, § 1º, do Código Penal (vítimas N.G.S.L e V.J.S.L), em continuidade delitiva e concurso material e 218, § 2º, inciso I, do Código Penal (vítimas W.H.S.L, J.V.S.L e L.F.S.V), em continuidade delitiva (menos vítima L) e concurso material, é a medida de rigor.

Destaque-se que a despeito de o Ministério Público ter constado em seu aditamento que a conduta do réu subsumia-se ao *caput* do artigo 213, é plenamente possível o enquadramento, agora, no parágrafo único do mesmo artigo, pois se trata de circunstância objetiva (idade das vítimas), devidamente descrita desde o início do processo e comprovada pelos documentos de fls. 159/160. A menoridade das vítimas de estupro

durante as práticas homossexuais restou plenamente caracterizada por toda a prova colhida, assim como no que toca às vítimas do favorecimento à prostituição, cuja idade está também assentada às fls. 158/161/246.

A continuidade delitiva (art. 71 do CP) está presente porque o acusado praticou tanto os estupro quanto o favorecimento à prostituição por várias vezes. Entretanto, como os atos não restaram individualizados, o aumento deverá ser o mínimo, ou seja, 1/6².

O concurso material (art. 69 do CP) é igualmente de rigor, pois os crimes foram praticados contra vítimas diferentes, o que reflete os desígnios autônomos. A respeito, colhe-se da jurisprudência do STJ e do TJSC:

[...] HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADOS CONTRA VÍTIMAS DIFERENTES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES. IMPROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DA REGRA DO CONCURSO MATERIAL.

1. Consoante entendimento assente nesta Corte Superior e no Supremo Tribunal Federal, a prática nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, mas contra vítimas diferentes, de estupro e atentado violento ao pudor, não configura hipótese de continuidade delitiva, mas, sim, de concurso material, dada a diversidade de espécies dos crimes considerados.

2. Ordem denegada. (Habeas Corpus n. 107245/SP, rela. Mina. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 28-8-2008, DJe 22-9-2008).

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA E EM CONCURSO MATERIAL (VÍTIMAS DIFERENTES). [...] CONCURSO MATERIAL MANTIDO EM RAZÃO DE OS CRIMES TEREM SIDO PERPETRADOS CONTRA VÍTIMAS

² Apelação criminal. Crime contra a liberdade sexual. Estupro de vulnerável. Sentença condenatória. [...] Crime continuado. Provado que o estupro ocorreu por diversas vezes sem, no entanto, comprovação do número exato de crimes cometidos que leva à aplicação da fração mínima. Inexistência de ajuste a ser reconhecimento. Recurso conhecido e desprovido. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.006566-6, de Catanduvas, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 26-03-2013).

DIVERSAS. [...] RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Criminal n. 2013.077333-0, de Itapiranga, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, Terceira Câmara Criminal, j. em 10-12-2013).

Vencidas as questões relativas à materialidade e à autoria delitivas, mais que provadas durante a instrução, e rechaçadas as teses arguidas pela defesa, resta apreciar a culpabilidade do acusado.

Para que haja a imposição de reprimenda penal cominada ao tipo, consequência do crime praticado pelo acusado, mister a avaliação de sua culpabilidade, consubstanciada na imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

A imputabilidade é a capacidade do agente de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal e também deve ter totais condições de controle sobre sua vontade.

A consciência da ilicitude, conforme entendimento doutrinário, não precisa ser efetiva, bastando por si que seja potencial, o suficiente para que haja a conclusão certa de que o acusado, ao praticar o crime, tinha possibilidade de saber que fazia algo errado ou injusto, de acordo com o meio social que o cerca, as tradições e costumes locais, sua formação cultural, seu nível intelectual, entre outros.

A exigibilidade de conduta diversa refere-se ao fato de se saber se, nas circunstâncias em que ocorrida à conduta negativa e contrária à lei do agente, foi-lhe possível agir de forma diferente.

Nos autos, verifica-se que o acusado era e é imputável, porque maior e mentalmente sadio. Não há qualquer prova neste processo-crime de que ele, no momento da prática delituosa, era incapaz de entender o caráter ilícito da conduta descrita na denúncia e determinar-se de acordo com este entendimento. Tinha potencial consciência da ilicitude de seus atos.

Ainda, faz-se necessária a análise da inexigibilidade da conduta diversa. Ora, o réu podia e devia ter agido de maneira diversa. Inexistem no processo elementos que indiquem que a conduta por ele perpetrada era a única a ser adotada no caso concreto, ou seja, podia e devia agir de forma diversa.

DOSIMETRIA DA PENA

Crime previsto no artigo 213, § 1º, do Código Penal (vítima N.G.S.L)

Analisando-se as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que: a) a culpabilidade do réu, apesar de elevada, é normal ao tipo de crime se está a tratar (relações de hierarquia, ameaças); b) o réu não possui maus antecedentes, tecnicamente; c) poucos elementos foram coletados a respeito de sua conduta social neste processo, razão pela qual, apesar de entender desfavorável, pela existência de todas as circunstâncias que inclusive mencionei na fundamentação, deixo de valorá-la; d) não há nos autos elementos para aferir sua personalidade; e) o motivo é normal à espécie, ou seja, satisfazer a lascívia; f) as circunstâncias foram normais ao tipo penal; g) as consequências são graves e estão devidamente assentadas no laudo psicológico de fls. 336-344 (abalo psicológico, abalo comportamental e alteração emocional); h) o comportamento da vítima não contribuiu para o crime.

Analisada as circunstâncias judiciais, existindo uma desfavorável a ser considerada, fixo a pena base em **9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**.

Na segunda fase da aplicação da pena não vislumbro circunstâncias agravantes e atenuantes.

Por fim, na terceira etapa, não se verifica a presença de minorantes. Presente, todavia, a majorante da continuidade delitiva (artigo 71 do CP), pelos motivos já expostos na fundamentação, ou seja, pela existência concreta de mais de um crime, aumento a pena em 1/6, fixando-a, nesta fase, no patamar de **10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**.

Crime previsto no artigo 213, § 1º, do Código Penal (vítima V.J.S.L)

Analisando-se as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que: a) a culpabilidade do réu, apesar de elevada, é normal ao tipo de crime se está a tratar (relações de hierarquia, ameaças); b) o réu não possui maus antecedentes, tecnicamente; c) poucos elementos foram coletados a respeito de sua conduta social neste processo, razão pela qual, apesar de entender desfavorável, pela existência de todas as circunstâncias que inclusive mencionei na fundamentação, deixo de valorá-la; d) não há nos autos elementos para aferir sua personalidade; e) o motivo é normal à espécie, ou seja, satisfazer a lascívia; f) as circunstâncias foram normais ao tipo penal; g) as consequências são graves, mas, conforme relatado no laudo psicológico de fls. 336-344, não foram capazes de provocar grande sobrecarga de estresse na vítima; h) o comportamento da vítima não contribuiu para o crime.

Analisada as circunstâncias judiciais, fixo a pena base no mínimo legal de **8 (oito) anos de reclusão**.

Na segunda fase da aplicação da pena não vislumbro circunstâncias agravantes e atenuantes.

Por fim, na terceira etapa, não se verifica a presença de minorantes. Presente, todavia, a majorante da continuidade delitiva (artigo 71 do CP), pelos motivos já expostos na fundamentação, ou seja, pela existência concreta de mais de um crime, aumento a pena em 1/6, fixando-a, nesta fase, no patamar de **9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**.

Crime previsto no artigo 218-B, § 2º, inciso I, do Código Penal (vítima W.H.S.L)

Analisando-se as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que: a) a culpabilidade do réu, apesar de elevada, é normal ao tipo de crime se está a tratar; b) o réu não possui maus anteceden-

tes, tecnicamente; c) poucos elementos foram coletados a respeito de sua conduta social neste processo, razão pela qual, apesar de entender desfavorável, pela existência de todas as circunstâncias que inclusive mencionei na fundamentação, deixo de valorá-la; d) não há nos autos elementos para aferir sua personalidade; e) o motivo é normal à espécie, ou seja, satisfazer a lascívia; f) as circunstâncias foram normais ao tipo penal; g) as consequências são graves, mas também normais; h) o comportamento da vítima não contribuiu para o crime.

Analisada as circunstâncias judiciais, fixo a pena base no mínimo legal de **4 (quatro) anos de reclusão**.

Na segunda fase da aplicação da pena não vislumbro circunstâncias agravantes e atenuantes.

Por fim, na terceira etapa, não se verifica a presença de minorantes. Presente, todavia, a majorante da continuidade delitiva (artigo 71 do CP), pelos motivos já expostos na fundamentação, ou seja, pela existência concreta de mais de um crime, aumento a pena em 1/6, fixando-a, nesta fase, no patamar de **4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão**.

Crime previsto no artigo 218-B, § 2º, inciso I, do Código Penal (vítima J.V.S.L)

Analisando-se as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que: a) a culpabilidade do réu, apesar de elevada, é normal ao tipo de crime se está a tratar; b) o réu não possui maus antecedentes, tecnicamente; c) poucos elementos foram coletados a respeito de sua conduta social neste processo, razão pela qual, apesar de entender desfavorável, pela existência de todas as circunstâncias que inclusive mencionei na fundamentação, deixo de valorá-la; d) não há nos autos elementos para aferir sua personalidade; e) o motivo é normal à espécie, ou seja, satisfazer a lascívia; f) as circunstâncias foram normais ao tipo penal; g) as consequências são graves, mas também normais; h) o comportamento da vítima não contribuiu para o crime.

Analisada as circunstâncias judiciais, fixo a pena base no mínimo legal de **4 (quatro) anos de reclusão**.

Na segunda fase da aplicação da pena não vislumbro circunstâncias agravantes e atenuantes.

Por fim, na terceira etapa, não se verifica a presença de minorantes. Presente, todavia, a majorante da continuidade delitiva (artigo 71 do CP), pelos motivos já expostos na fundamentação, ou seja, pela existência concreta de mais de um crime, aumento a pena em 1/6, fixando-a, nesta fase, no patamar de **4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão**.

Crime previsto no artigo 218-B, § 2º, inciso I, do Código Penal (vítima L.F.S.V)

Analisando-se as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que: a) a culpabilidade do réu, apesar de elevada, é normal ao tipo de crime se está a tratar; b) o réu não possui maus antecedentes, tecnicamente; c) poucos elementos foram coletados a respeito de sua conduta social neste processo, razão pela qual, apesar de entender desfavorável, pela existência de todas as circunstâncias que inclusive mencionei na fundamentação, deixo de valorá-la; d) não há nos autos elementos para aferir sua personalidade; e) o motivo é normal à espécie, ou seja, satisfazer a lascívia; f) as circunstâncias foram normais ao tipo penal; g) as consequências são graves, mas também normais; h) o comportamento da vítima não contribuiu para o crime.

Analisada as circunstâncias judiciais, fixo a pena base no mínimo legal de **4 (quatro) anos de reclusão**.

Na segunda fase da aplicação da pena não vislumbro circunstâncias agravantes e atenuantes.

Por fim, na terceira etapa, não se verifica a presença de minorantes. Não está presente a majorante da continuidade delitiva, pois a prova

incidiu sobre apenas uma conduta delituosa, razão pela qual a pena permanece em **4 (quatro) anos de reclusão**.

Diante do **concurso material** entre todos os crimes (art. 69 do CP), pois a prática ocorreu em desfavor de vítimas distintas, conforme já exposto na fundamentação, procedo à soma das reprimendas, tornando-a definitiva em: **33 (trinta e três) anos, 6 (seis) meses e 20 dias de reclusão**.

O regime é o fechado, ante o *quantum* da reprimenda.

Inviável a substituição ou *sursis*, frente à natureza dos crimes e também pelo *quantum*.

DECIDO.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE A DENÚNCIA para:

A) Aplicando *emendatio libelli*, CONDENAR L. F. C. como incurso nas sanções do artigo 213, § 1º, c/c artigo 71, ambos do Código Penal (vítima N.G.S.L), à pena de 10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão.

B) Aplicando *emendatio libelli*, CONDENAR L. F. C. como incurso nas sanções do artigo 213, § 1º, c/c artigo 71, ambos do Código Penal (vítima V.J.S.L), à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão.

C) CONDENAR L. F. C. como incurso nas sanções do artigo 218-B, § 2º, inciso I, c/c artigo 71, ambos do Código Penal (vítima W.H.S.L), à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão.

D) CONDENAR L. F. C. como incurso nas sanções do artigo 218-B, § 2º, inciso I, c/c artigo 71, ambos do Código Penal (vítima J.V.S.L), à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão.

E) CONDENAR L. F. C. como incurso nas sanções do artigo 218-B, § 2º, inciso I, c/c artigo 71, ambos do Código Penal (vítima L.F.S.V), à pena de 4 anos de reclusão.

Diante do concurso material (art.69 do CP), a pena definitiva é de **33 (trinta e três) anos, 6 (seis) meses e 20 dias de reclusão**, em regime inicial **fechado**, sem possibilidade de *sursis* ou substituição de pena.

Custas pelo réu.

Nego o direito de recorrer em liberdade, pois ainda estão presentes os requisitos autorizadores na prisão, notadamente a ordem pública, já que a segregação é ainda necessária para a tranquilidade das vítimas. No mais, o réu foi condenado em regime fechado, à pena que supera os 30 anos e “*o direito de apelar em liberdade de sentença condenatória não se aplica, em princípio, ao réu que já vinha preso em decorrência de flagrante ou de preventiva*” (STJ, HC 35.697-CE, rel. Min. Felix Fischer).

Não há que se falar em progressão de regime com base no artigo 387, § 2º, do CPP, ante a falta de lapso temporal para tanto.

Em respeito ao Ofício-Circular n. 019/2011, da Corregedoria-Geral da Justiça, bem como à Resolução conjunta n. 9/2009-GP/CGJ, notifique-se o Magistrado e a Promotoria da Infância e Juventude na forma do art. 3º da mencionada Resolução.

Transitada em julgado a condenação, procedam-se as anotações e providências de praxe.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se (réu e vítimas).

Tudo ultimado, archive-se, independente de novo despacho.

Joaçaba (SC), 6 de outubro de 2014.

Márcio Umberto Bragaglia
Juiz de Direito

DISCURSOS

DISCURSO PROFERIDO PELA DESEMBARGADORA MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA, EM HOMENAGEM AO JUBILEU DE PRATA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E AOS 123 ANOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

“Senhoras, Senhores, autoridades que nos distinguem. Desembargador Nelson Schaefer Martins. Receba de público o nosso reconhecimento e aplauso pela passagem, cumprindo mandamento constitucional, a frente do Executivo. Vossa Excelência honrou sobremaneira o povo catarinense por seus atos e ações, e as tradições desta Corte, ao enfrentar, como timoneiro do Executivo, com altivez e denodo as ações criminosas que tomaram conta das ruas, desassossegando a gente catarinense, ferindo a imagem de um povo ordeiro e trabalhador. Parabéns! Seja muito bem vindo a esta Casa, Vossa Casa. O Tribunal permaneceu, na Vossa ausência, seguro e coeso nas mãos firmes e honradas do Desembargador Torres Marques. Senhora Subprocuradora-Geral do Estado, Dra. Rejane Bertolli, neste ato representando o Governador Raimundo Colombo. Em nome dos meus pares, peço que transmita a sua Excelência cumprimentos pela reeleição, e aos colaboradores do Executivo, em especial aos integrantes das Polícias Civil e Militar, alvos maiores desses acontecimentos, a nossa solidariedade e a certeza de que o Poder Judiciário saberá, nesta quadra de angústia da sociedade catarinense, corresponder às expectativas de todos no combate firme à criminalidade. A integração entre os Poderes neste momento é fundamental, tanto quanto responder em tempo e modo aos que agredem a ordem jurídica e desafiam o Estado, em jogo a segurança pública e a incolumidade das pessoas. Pois bem. As instituições, a afirmação não é nova, mas sempre atual, ‘têm a dimensão das pessoas que constroem a sua história’. Comemorar a existência das instituições é celebrar a vida e as virtudes daqueles, homens e mulheres, que lhe conferiram, no passado, e lhe conferem, no presente, força e ex-

pressão. O próprio Direito, como dizia COUTURE, ‘valerá, em um país ou em um momento histórico, o que valham os seus juizes’. Estamos hoje reunidos para festejar e parabenizar a trajetória vitoriosa de dois destacados tribunais, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos seus 123 anos, e do Superior Tribunal de Justiça, nos seu primeiro quarto de século. Antes e por conta disso, reverenciar o exemplo fecundo de juizes e juizas que ao longo de suas trajetórias lhes prestaram a mais profunda dedicação e reconhecida dignidade. Que essas primeiras palavras, portanto, sejam de cumprimentos aos magistrados e magistradas de ontem, de hoje e de sempre, responsáveis os mais diretos pelo caminho reto e prestígio dessas memoráveis instituições. Cumprimentos extensivos aos advogados, membros do Ministério Público e servidores, sem os quais os caminhos da justiça não se fariam facilitados e mais acessíveis à sociedade. Cumprimentos ainda, aos demais Poderes Constituídos, Executivo e Legislativo, que passaram a melhor compreender o valor e dimensão do Poder Judiciário para a consolidação de um Estado que se pretenda verdadeiramente Democrático e de Direito. Cumprimentos, também, aos Tribunais de Contas, da União e do Estado, pela parceria que nunca faltou. Cumprimentos, e porque não, ao Conselho Nacional de Justiça, que passou a dedicar atenção mais efetiva, com a inestimável contribuição do Supremo Tribunal Federal, ao seu papel constitucional fundamental de ‘zelar pela autonomia dos tribunais e defesa das prerrogativas da magistratura’. O Tribunal de Justiça, por seus integrantes, se vê tomado de júbilo por estar compartilhando esse momento de alegria e renovação, ao comemorar mais um ano de existência, com o Superior Tribunal de Justiça, e estar recebendo em sua Casa ilustres e renomados Ministros que orgulham seus Estados de origem e a Nação, alguns dos quais catarinenses de boa cepa, talhados para a arte de julgar, e com passagem fecunda nesta Corte, como o são as pessoas queridas e carismáticas dos Ministros Hélio de Melo Mosimann, Paulo Benjamim Fragoso Gallotti, Jorge Musisi e Marco Aurélio Gastaldi Buzzzi. À Suas Excelências se soma a figura

querida e ainda umbilicalmente ligada do Desembargador Newton Trisotto, agora carinhosamente chamada nesta ilha, que a todos apelida, de 'Pinguim Rei'. Falar sobre esses eminentes colegas, das suas virtudes, das suas carreiras, das suas angústias, das suas esperanças, do bem que fizeram e fazem às pessoas e às instituições que serviram e servem como bons samaritanos, mereceria solenidade individual, e tempo suficiente para expressar a gratidão de todos nós. Penso que nesta oportunidade, conhecidas e reconhecidas em todos os rincões do Estado as suas respectivas biografias, na vida pública, privada e associativa, seria o suficiente dizer: Obrigado. Santa Catarina sente-se orgulhosa desses seus filhos juizes. É-nos grato e extremamente afetuosamente dividir também com o ilustre Ministro Teori Albino Zavascki, ontem Juiz Federal e Ministro do Superior Tribunal de Justiça, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, filho ilustre de Santa Catarina, de reconhecida sapiência e comprometimento institucional, esse momento, que congrega o encanto de nos permitir trazer à luz o passado de dois destacados tribunais pátrios. Tribunais da cidadania, sim, na essência, por onde transitam às questões mais sensíveis da sociedade. Receba Senhor Ministro o caloroso abraço dos seus irmãos catarinenses. Que Deus na sua infinita bondade proteja permanentemente Vossa Excelência, e lhe dê forças dobradas para enfrentar com energia e desassombro os desafios que são próprios de um tribunal de tamanha grandeza. Homenagem estendida ao saudoso e inesquecível Ministro Luiz Gallotti, que honrou sobremaneira a toga brasileira, por 25 anos, na Suprema Corte e teve a ventura de nos legar, na mesma cátedra, a pessoa ímpar de Luiz Otávio Gallotti, aqui presente. Receba a família, no nome do amigo de todos Paulo Benjamim Fragoso Gallotti, Presidente de sempre da Associação dos Magistrados Brasileiros, a nossa penhorada admiração. Estamos em festa. Nos é gratificante, verdadeira honraria, poder compartilhar com o Superior Tribunal de Justiça essa comemoração. Receber em nossa Casa, pessoas tão ilustres e benfazejas, que apreendemos a admirar pelos julgamentos que proferem,

a citar em nossas decisões, enfim a reverenciar como modelo de juízes, é além de estimulante, gratificante. O Tribunal de Justiça se sente, antes e acima de tudo, envaidecido pelo prestigiamento à esta solenidade. Preclaros Ministros Francisco Cândido de Melo Falcão Neto, Luiz Felipe Salomão, Marco Aurélio Belizze, Humberto Eustáquio Martins, Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues, Raul Araújo Filho e Carlos Fernando Mathias de Sousa, obrigado por partilharem conosco esse momento de alegria, de reconhecimento a toda uma história de dignidade que marca a vida das nossas instituições. Vossas Excelências, ao lado dos Vossos eminentes pares, que aqui não puderam acorrer, representam, nas instâncias superiores, o que de melhor poderia esperar a pátria dos seus juízes. São exemplos de independência, de honradez, de altivez e espírito público. Não são e nem pretendem ser, por óbvio, Semideuses, mas simplesmente representam o que um País sério pode esperar dos seus Juízes. Portanto, para nossa felicidade, Vossas Excelências são o esteio e a certeza, é o que nos estimula na planície por onde atuamos, de que a nação se venha corrigir dos desvios, dos desfalques, e da sangria da corrupção. Queremos todos ler nos jornais, ouvir nas rádios, ver nas televisões e partilhar nas redes sociais, que no Brasil às instituições são fortes, atuantes e desistemidas, que a imprensa cumpre com liberdade extrema e responsável o seu papel de bem informar, que aqueles que detêm o poder de mando e comando na República trabalham incessantemente pelo povo e para o povo, enfim, que os problemas econômicos, que impedem uma melhor distribuição de renda, uma maior disponibilidade de empregos, mais gastos com saúde, educação e segurança, são aqueles naturais, aos quais se sujeitam todo e qualquer país honesto, não fruto da anomalia, da improbidade no trato da coisa pública. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina completa 123 anos. Não é um tribunal do passado no presente. Mas um tribunal que soube aprender com o passado e se colocar à frente do seu tempo. Os momentos difíceis, os percalços sofridos no correr de sua história, retratados em discursos e obras literárias, como o acontecimen-

to que dissolveu esta Corte de Justiça, em 1891, presidente o Desembargador José Roberto Vianna Guilhon, nomeando novos Desembargadores, entre os quais o Chefe de Polícia que provocara o incidente, servem hoje de alerta do quanto perverso para um Estado ou um País à concentração do Poder nas mãos solitárias do Executivo, e quão frágil pode se apresentar o Poder Judiciário, ainda hoje diminuído e permanentemente alvejado, quando não transformado em bode expiatório das mazelas da nação. O Judiciário catarinense, por força e altivez dos seus juízes, que nunca se deixaram abalar, nem nos momentos mais tristes de sua história, têm motivos de sobra para comemorar. Possui um tribunal incansável, reconhecido entre seus coirmãos, colocando-se no rol dos mais operosos do País, fruto de um trabalho pensado, de iniciativas inovadoras, inclusive no campo da conciliação e das soluções alternativas de conflito. Que o digam os eminentes Ministros Jorge Mussi e Marco Aurélio Buzzi, que têm nesses programas a marca dos seus DNA. Um tribunal que nunca deixou de ousar, mas com responsabilidade no trato do dinheiro e da coisa pública. Um tribunal que se descentralizou, numa experiência ainda inovadora. Um tribunal que dedica atenção redobrada ao primeiro grau de jurisdição, por onde transitam em maior volume as tensões sociais. Um tribunal que soube caminhar em direção à especialização das unidades judiciárias e que se mostra sensível a uma realidade presente, qual seja da indispensável e improrrogável necessidade da concentração de investimentos e esforços no sistema dos juzizados especiais e turmas recursais, por onde transitam e devem transitar, encerrando-se, por imposição de lei, a grande massa dos processos judiciais. Festejamos Senhores Ministros, Senhoras e Senhores, a glória de podermos integrar, com o espírito livre e a consciência limpa, um tribunal que orgulha a gente Catarinense, que por atos e ações, esforço e trabalho, luta incessantemente por realizar a melhor justiça e assim ajudar Santa Catarina a superar as dificuldades próprias de um Estado quase sempre esquecido quando da partilha do produto da riqueza que ele próprio, com as mãos calejadas dos seus fi-

lhos, ajudou a construir. Rendemos homenagens, porque de festejo se trata, aos Presidentes desta Corte, de ontem e de hoje, a exemplo do Ministro Jorge Mussi, que com sua sabedoria, tenacidade, leveza e elevado conhecimento dos percalços próprios do sistema de justiça, semeou e colheu, as mãos cheias, numa mesma gestão, como tantos outros o fizeram no passado e fazem no presente, esperanças e frutos que nos levam a acreditar que é possível vencer, com inteligência e criatividade, dedicação e um toque de ousadia, os obstáculos que se antepõem no horizonte para uma justiça presente, eficiente e eficaz. Obrigado, amigo Jorge Mussi, pela dedicação à causa da justiça, pela alegria da convivência que sempre nos proporcionasse e por permaneceres sempre ligado afetuosamente ao nosso Tribunal. Homenagem também nos é caro fazer aos integrantes do Superior Tribunal de Justiça, sodalício que completou 25 anos de existência no dia 07 de abril do corrente ano. Corte jovem e ao mesmo tempo indiscutivelmente experiente. Congrega uma plêiade de juízes, sob a Presidência do Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto, hoje também reverenciado, que enobrecem, encantam e singularizam um tribunal que se colocou, já em seu embrião, vocacionado para viver a experiência de um tribunal de inclusão social, um verdadeiro tribunal da cidadania. Essa opção, apregoada e vivenciada em seus julgamentos, rapidamente, fez multiplicarem-se as demandas e com ela a necessidade de redimensionar a sua forma de atuação e de gestão. Um desafio a ser vencido, e o será. Ministro Falcão, para os brasileiros, a certeza de que o Superior Tribunal de Justiça, sob a Vossa direção e pela vivência e experiência dos seus membros, encontrará o caminho que permita a um só tempo manter aberta a porta à cidadania e lhe proporcionar a entrega do justo, quando a isto não se tenha chegado nas instâncias inferiores. Quanto a nós juízes, a certeza de que a força moral dos precedentes dos tribunais superiores continuará a embalar e qualificar os nossos julgamentos. A sociedade clama segurança jurídica e esta reclama que a estabilidade, a certeza, a previsibilidade e a calculabilidade do ordena-

mento jurídico sejam respeitados em todas as dimensões da atuação da Justiça, em especial na interpretação e aplicação uniformes da lei pelos diferentes tribunais. Eminentes Ministros que nos visitam e prestigiam essa solenidade, parabéns pelo muito que fazem em favor da sociedade e da consolidação da democracia neste país das desigualdades. Peço vênua para de uma forma muito pessoal, embora expressando sentimento de muitos, dizer da alegria de ver representando o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o ilustre Desembargador Federal Jorge Maurique, amigo fiel e companheiro da undécima hora. Transmita Desembargador Maurique aos seus pares também o nosso carinho e admiração. Ao encerrar, importa apenas sublinhar que o aperfeiçoamento das instituições democráticas depende fundamentalmente de um Judiciário que possa ser, em plenitude, a melhor expressão da consciência jurídica do povo. Agradeço aos meus pares e ao eminente Presidente deste Tribunal a honra de poder falar em nome da Corte”.

DISCURSO PROFERIDO PELO MINISTRO FRANCISCO FALCÃO, EM NOME DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DOS MINISTROS HOMENAGEADOS, NA SOLENIDADE DE COMEMORAÇÃO DO JUBILEU DE PRATA DA CORTE SUPERIOR E DOS 123 ANOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

“Excelentíssimo Senhor Presidente deste conceituado Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Desembargador Nelson Martins, Excelentíssimos Senhores Ministros de ontem e de sempre, excelências, minhas senhoras e meus senhores. Na data em que esta corte comemora 123 anos de instalação presta duas significativas homenagens. Uma ao Tribunal da cidadania e outra aos filhos desta terra que se destacaram e vem dando ao País as mais representativas figuras ao cenário jurídico nacional a exemplo do saudoso e ilustre Luiz Gallotti, com quem tive o privilégio de conviver quando em Brasília cheguei acompanhando o meu saudoso pai Djaci Falcão e lá se encontrava como presidente do Supremo Tribunal Federal. De igual modo os Ministros Otávio Gallotti, seu filho, que viera na década de 1980 também a ser colega de Djaci Falcão e, mais recentemente, o Ministro Teori Zavascki, meu colega do Superior Tribunal de Justiça e que brilha na Corte Suprema, como um dos seus mais eminentes magistrados. De igual modo, Hélio Mosimann, do Superior Tribunal de Justiça, Paulo Gallotti, Jorge Mussi, Marco Aurélio Buzzi e, recentemente, o Desembargador Convocado Newton Trisotto. O Superior Tribunal de Justiça que represento nesta hora como seu Presidente, tem cumprido o papel que lhe foi confiado no cenário jurídico nacional. Muito há o que comemorar quando esta Corte completa os seus vinte e cinco anos, inscrevendo em seus anais o julgamento de mais de quatro milhões de processos. O curso desses acontecimentos da Nação passou pela criação do Superior Tribunal de Justiça. Ali, questões de grande relevância foram debatidas à exaustão, formando cabedal de decisões que modelaram o

pensamento jurídico contemporâneo. A edificação desse monumento à inteligência do Brasil teve a contribuição de Santa Catarina. Barrigas-verdes da ilha, do planalto, do litoral, ciosos da cultura do direito na Academia, fóruns, Tribunais, da advocacia, ofícios do Ministério Público, aportaram no Superior Tribunal de Justiça com a elegância dos cultos e a humildade dos sábios, oferecendo ao Brasil a formação adquirida nas terras meridionais. Vistos de longe, são os homens e mulheres que vieram do frio. De perto, no calor da toga, pessoas vigorosas, comprometidas com a prestação jurisdicional. Cada um com suas idiosincrasias, patrimônio cultural e relacional, enriqueceu tanto a rotina do Supremo Tribunal Federal quanto a do Superior Tribunal de Justiça e fez mais forte a percepção de que no Brasil a diversidade dos sotaques, hábitos, paladares, são pequenas variações harmoniosas da unidade nacional. Em nome do Superior Tribunal de Justiça e dos homenageados agradeço a este conceituado Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Muito obrigado”.

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR NELSON SCHAEFER MARTINS, PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, EM NOME DA CORTE ESTADUAL, NA SOLENIDADE DE COMEMORAÇÃO DO JUBILEU DE PRATA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DOS 123 ANOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA CATARINENSE

“Excelentíssimo Senhor Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Francisco Falcão, Ministro conceituado, admirado e querido por todos nós catarinenses, pela sua proximidade com o nosso Estado, notadamente, pelos laços de amizade que nutre por tantos catarinenses. Em nome de Vossa Excelência, Senhor Ministro Francisco Falcão, saúdo todos os Ministros do Superior Tribunal de Justiça que aqui comparecem e prestigiam este momento importante e sublime para a Justiça e para a sociedade do nosso Estado. Excelentíssimo Senhor Desembargador Jonny de Jesus Campos Marques que representa o vizinho Tribunal de Justiça do Estado do Paraná nossas boas vindas e o nosso agradecimento pela sua presença. Excelentíssima Senhora Rejane Maria Bertoli, Subprocuradora-Geral do Estado, neste ato representando o Governo do Estado; Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça Doutor Lio Marcos Marin e todos os Senhores Procuradores de Justiça, Promotores de Justiça do nosso Estado; Excelentíssimo Senhor Doutor Tullo Cavallazzi Filho, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, em nome de Vossa Excelência cumprimento a todos os advogados diretores e dirigentes da OAB e advogados amigos do nosso Poder Judiciário. Excelentíssimo Senhor Doutor Julio Garcia, Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, na pessoa de Vossa Excelência cumprimento a todos os conselheiros da nossa Corte de Contas. Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Jorge Maurique que compôs a magistratura do Estado de Santa Catarina, no início da sua

carreira e hoje brilha no Tribunal Regional Federal da 4ª Região e aqui o representa. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina completou no dia 1º de outubro 123 anos de história, em nome de Vossa Excelência cumprimento a todos os juizes e desembargadores federais. Excelentíssimo Senhor César Souza Júnior, Prefeito Municipal de Florianópolis, cidade que abriga a todos e que tem sido um amigo incansável da Justiça do nosso Estado. Excelentíssimo Senhor Doutor Sérgio Junkes, Presidente da Associação dos Magistrados de Santa Catarina, em nome de Vossa Excelência cumprimento a todos os magistrados de Primeiro e de Segundo Grau, aposentados e em atividade do nosso Estado, senhoras, senhores, Secretários de Estado, Comandante-Geral da Polícia Militar, servidores da Justiça, amigos. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina completou no dia 1º de outubro 123 anos de história. A sua criação, em 1891, derivou da promulgação da Constituição Estadual e definiu a autonomia do Judiciário em Santa Catarina, até então sob a jurisdição do Tribunal da Relação de Porto Alegre. De 5 desembargadores, hoje somos 62 magistrados mais 30 desembargadores substitutos. De 14 comarcas no século XIX, hoje temos 111 espalhadas por todo o Estado. A Corte de Justiça de Santa Catarina destaca-se por sua produtividade, eficiência e qualidade de seus julgados, como também pelo protagonismo de seus integrantes em diversos setores de interesse da sociedade pela implementação de políticas públicas voltadas à cidadania, aos direitos fundamentais, aos direitos coletivos, à defesa dos vulneráveis e das populações mais carentes, bem como pela promoção de métodos alternativos de solução de conflitos. O Superior Tribunal de Justiça, que comemora o jubileu de prata em 2014, idealizado para desafogar o Supremo Tribunal Federal nas matérias infraconstitucionais, superou sua vocação original para afirmar-se como tribunal dinâmico, progressista e concretizador de novos direitos e princípios. A uniformização da interpretação do direito federal e a consolidação das normas infraconstitucionais conferem ao Superior Tribunal de Justiça o admirável papel de dar concretude ao ordenamento jurídico na di-

menção prospectiva e, com isso, propiciar a efetividade dos direitos constitucionais, políticos, sociais e coletivos. Transfigura-se o Superior Tribunal de Justiça como o tribunal da identidade nacional. Nosso Tribunal de Justiça, por seus honrados Desembargadores e Desembargadoras aqui presentes, que saúdo de uma maneira muito especial e carinhosa, nesta oportunidade, celebra as duas efemérides ao tempo em que homenageia personalidades catarinenses de destaque na história jurídica do Brasil. Cabe-me, neste momento, formular uma homenagem especial em memória do Ministro Luiz D'Assunção Gallotti. A história da família Gallotti em Santa Catarina iniciou com a chegada do padre Nicolau Barone Gallotti a Tijucas, em 1870. Cinco anos mais tarde, aportou em terras catarinenses o napolitano Benjamin Gallotti. Comerciante e grande incentivador da cultura local, Benjamin Gallotti militou na política tijuquense e chegou à presidência da Câmara Municipal de Vereadores. Benjamin Gallotti é pai de um dos mais ilustres catarinenses de nossa história, cuja memória exaltamos nesta cerimônia: o Min. Luiz D'Assunção Gallotti. Nascido em Tijucas em agosto de 1904 e graduado com distinção e louvor na Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro em 1926, o Min. Gallotti foi um jurista de múltiplas atividades e realizações. Iniciou sua trajetória na vida pública em 1927 ao eleger-se Deputado à Assembleia Constituinte de Santa Catarina. Foi Interventor Federal em Santa Catarina entre novembro de 1945 e fevereiro de 1946, período em que o Presidente do STF, José Linhares, exercia a Presidência da República após a queda de Vargas. À época, presidiu as eleições para a Constituinte de 1946 e se firmou como uma das referências da democracia e da liberdade no Brasil. Exerceu as funções de Procurador-Geral da República de 1947 a 1949, quando foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente Eurico Gaspar Dutra. Permaneceu na Suprema Corte por 25 anos e a presidiu entre dezembro de 1966 e fevereiro de 1969. O Ministro Luiz Gallotti foi ainda Juiz e Presidente do Tribunal Superior Eleitoral no biênio 1955-57, Conselheiro Federal da

Ordem dos Advogados do Brasil por Santa Catarina, membro da Academia Catarinense de Letras, na cadeira que pertencera a Nereu Ramos, e recebeu em 1971 o título de Professor Honoris Causa da Universidade Federal de Santa Catarina. Em 27.04.1990, por sugestão do saudoso, querido amigo, Desembargador Norberto Ungaretti, a sede deste Tribunal de Justiça recebeu o nome de “Palácio da Justiça Luiz Gallotti”. A memória do Ministro Luiz Gallotti, a quem o Tribunal de Justiça do Estado rende justa homenagem nesta ocasião, é aqui representada pelo Ministro Luiz Octavio Gallotti, que nutre profundos laços com Santa Catarina, notadamente com o Município de Tijucas, onde é Cidadão Honorário. Nomeado Ministro do Tribunal de Contas da União em 1973, o Min. Otávio Gallotti exerceu a presidência daquela Corte de Contas no ano seguinte. Em 1980, foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente João Baptista Figueiredo. Ascendeu à Presidência da Suprema Corte para o biênio em 1993-1995 e exerceu interinamente a Presidência da República por duas ocasiões em 1994. A exemplo do pai, foi Ministro e Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (1989-91). De igual forma, a Ministra Isabel Gallotti, cuja presença é motivo igualmente de grande júbilo, como todos os demais Ministros do Superior que aqui se encontram, percorre o brilhante caminho inaugurado por seus antecessores. A Ministra Isabel ascendeu ao Superior Tribunal de Justiça graças à sua destacada atuação como Procuradora da República e Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. A trajetória da família Gallotti é fonte permanente de inspiração a todos aqueles que creem no Direito e na justiça como vetores da construção de uma sociedade mais humana, fraterna e solidária. Santa Catarina por seus Desembargadores e Desembargadoras agradece a presença de todas as autoridades e em especial dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e o Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki. E todos nós agentes políticos do Estado, servidores do bem e da justiça tenhamos força e energia para prosseguirmos com honra e coragem na luta por igualdade, liberdade, justiça e paz. Muito obrigado”.

**DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR
ELÁDIO TORRET ROCHA, EM NOME DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, EM SAUDAÇÃO AO
DESEMBARGADOR EMPOSSADO ROGÉRIO MARIANO DO
NASCIMENTO**

Excelentíssimo Senhor Presidente, Magistrados, Membros do Ministério Público, Advogados, Servidores, Convidados do Nosso Homenageado,
Senhor Desembargador Rogério Mariano do Nascimento.

Tem-se que a águia, este majestoso pássaro que habita, soberano, os céus do planeta, é tida como símbolo da renovação.

Tanto que há, a respeito, um texto, de autoria desconhecida, e, que, por isso mesmo, tomou domínio popular, segundo o qual este pássaro, no ocaso de sua vida adulta, já visivelmente ostentando unhas e bicos desgastados, suas magníficas asas pesando demasiado e suas penas que, como dantes, não conferem os necessários suporte e agilidade ao seu majestoso vôo, se depara com duas alternativas: ou deixa-se morrer ou cuida de se reiventar.

Assim, ao se decidir pela segunda alternativa, a velha e experiente águia, cheia de coragem, determinação e, sobretudo, escolhendo o tempo certo para fazê-lo, primeiramente arranca todas as suas já diminuídas e carcomidas penas. Na sequência trata que se lhe caiam as velhas unhas, porque já de pouca utilidade. Por fim, para que a transformação aconteça de um todo, bate insistentemente com o seu desgastado bico nos rochedos onde costuma se empoleirar, até que ele acabe por se desprender.

E, então, pacientemente, aguarda o tempo necessário para que a mãe natureza processe no seu corpo físico a desejada reconstituição, sem perder a oportunidade para que, nesse interregno, empreenda, igualmente, oportuno processo reflexivo no pertinente ao que fez no passado —

colimando, por certo, não repetir erros cometidos na juventude — mas, também, cuidando de pensar no tempo futuro.

Parece claro, para todos nós, que essa parábola não encontra ressonância na vida real. Não há, ao que se conhece, hipótese de automutilação animal como forma de ganhar vida renovada. a exceção, no reino animal, como se sabe, fica por conta de alguns humanos, que procedem desse modo autodestrutivo. Mas, nesses casos, convenhamos, é só para obterem benefício da previdência oficial. Mero detalhe civilizatório, apenas.

Mas, ainda que evidentemente fictícia, a narrativa serve como símbolo a respeito de como nós, os humanos, podemos — e, mesmo, devemos —, no momento certo, agir de modo a inaugurar um tempo novo em nossas vidas.

A natureza, de sua parte, pelo menos a cada trimestre, cuida de agir assim. Não é sem motivo, por isso mesmo, que ela está a concluir, no momento, o seu ciclo invernal — o qual, aliás, de inverno mesmo ficou sobremodo a nos dever — e trata de ingressar, toda prosa, na esplêndida primavera, que é a estação do ano onde a natureza engendra caprichosos movimentos em direção ao processo regenerativo, porque ela própria se renova inteiramente e, de propósito, para que a imitemos, pouso de roupa nova, de espectro, colorido e brilho invulgares.

E, falando ainda em renovação, vive o Brasil, de igual modo, um tempo no qual os brasileiros, já um tanto quanto desesperançados pelos rumos que vem sendo impostos à nossa pátria amada, alongam os seus olhares nesse horizonte tão longínquo, quase perdido mesmo, em busca de um futuro onde a realidade de seus cidadãos de bem não tenha de conviver, em todas as suas formas, com a miséria, a pobreza, a violência, a mediocridade, a prepotência, a corrupção, a hipocrisia, a desfaçatez, a leniência, a futilidade e o atraso. É, pois, não sem razão, tempo de eleições gerais, através das quais se renovam as esperanças.

E, nessa generalizada e benfazeja onda renovatória, que a todos faz bem, também nós, integrantes da Justiça de Santa Catarina, passaremos a viver, a partir de hoje, um novo período, porque também estamos a nos renovar, a nos reventar, a partir do momento em que o Tribunal de Justiça recebe, em suas hostes, um novo membro, ainda que isso esteja a ocorrer em face da sentida perda de um de nossos mais queridos integrantes, o inesquecível colega e amigo, Desembargador Victor Ferreira.

Não obstante, essas circunstâncias são, para as criaturas, a prova da vida em movimento, segundo o desejo do senhor Deus dos mundos e do imponderável. Não é igualmente sem motivo que, como o sabem cristãos e não cristãos, fez-se anotar, no livro do eclesiastes, sábio ensinamento segundo o qual há, sob o sol, tempo para tudo: tempo para o lamentoso choro da partida, mas também tempo para o demorado e inefável abraço da chegada.

E é proverbialmente o que estamos a celebrar neste momento, ao ensejo no qual recebemos, com alegria, o nosso mais novo membro, o Desembargador Rogério Mariano do Nascimento, cuja longa amizade, por generosidade de sua parte, fez-me escolhido para saudar-lhe no momento de sua posse nesta Corte de Justiça.

Lagunense de origem, o nosso homenageado é juiz de carreira, tendo prestado a jurisdição nas comarcas de Jaraguá do Sul, Joinville e Brusque (como juiz substituto) e como titular nas de Turvo, São Francisco do Sul e Criciúma. Atuou, por mais tempo, na última, coincidentemente sucedendo este orador à testa da vara dos feitos da Fazenda Pública, onde, após quase vinte anos, viu-se promovido por merecimento a este Tribunal.

Magistrado sensível, atilado, íntegro e probo, fez-se conhecer e respeitar pelos jurisdicionados onde julgou, honrando sobremodo a tra-

dição de operosidade, efetividade, correção e independência da magistratura catarinense.

É um juiz sereno e cauteloso, mas que exhibe firmeza em seus propósitos. Preocupado com a preservação do bom nome que o Poder Judiciário barriga-verde exhibe desde há muito, procura incutir em seus assessores e colaboradores o cuidado e o zelo para com a boa prestação jurisdicional, porque, repete-lhes, há sempre alguém que não dorme esperando por justiça.

Durante os mais trinta anos de judicatura, ganhou o respeito e a admiração de jurisdicionados e advogados, porque, gentil, atencioso e afável, nunca deixou de ouvi-los em seu gabinete de trabalho. Além de sua reconhecida dedicação no trato do ofício perante a Justiça Estadual, o Desembargador Rogério, enquanto juiz eleitoral de criciúma, desincumbiu-se com grande tirocínio na solução de complexas demandas que lhe foram atribuídas.

Homem reservado, tem, em seletos amigos, e, principalmente, em sua bem estruturada família, o modo de celebrar os bons momentos que a vida profana se lhe oferece, especialmente em volta de boa mesa.

É dedicado esposo de Rosimary Matos, amoroso pai de Egídio, Raquel e Lara, além de extremoso avô de Caio, Luiza Helena, Cauã e Sofia. O quinto neto, primogênito da filha Lara, já está com data certa para chegar.

Pessoa simples e de fino trato humano, o Desembargador Rogério faz do acesso à cultura e das viagens as suas fontes preferidas de lazer. É um sensível apreciador da música clássica (que para alguns é barroca), tendo nos velhos e bons amigos dos tempos de Viena — Wolfgang Amadeus Mozart e Ludwig Van Beethoven — seus compositores preferidos.

Dotado de profunda formação humanística e ornado de sólidas convicções espiritualistas, o Desembargador Rogério é cultor da literatura dos idiomas português e russo, sendo por isso mesmo íntimo de Machado de Assis, Eça de Queiroz, Tolstoi, Dostoiévski, Brás Cubas, dos

irmãos Karamazov, Anna Karenina e outros menos votados, além de ser especialista em temas afetos à segunda guerra mundial.

Com sua ascensão a este Tribunal de Justiça, ganha a corte, ainda que acuse a perda a nossa querida comarca de Criciúma, seus amigos e jurisdicionados que lá ficaram. É, enfim, uma vez mais, a roda da vida que teima em não parar de girar.

Estas, brevemente, as razões pelas quais, em meu nome e orgulhosamente representando os demais pares, dou-lhe, estimado colega Desembargador Rogério, as boas vindas, rogando que o inefável senhor do universo lhe conceda, abundantemente, saúde, sucesso e paz, votos estes extensivos à sua estimada família.

Disse.

Obrigado.

DISCURSO DE POSSE DO JUIZ DE DIREITO ROGÉRIO MARIANO DO NASCIMENTO NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Senhoras,

Senhores,

Antes do mais, desejo agradecer, sensibilizado, as generosas palavras com que o eminente Presidente Torres Marques me recebe nesta Corte. Não acalento outro desejo que não seja o de corresponder às legítimas expectativas que este egrégio Tribunal deposita, naturalmente, nos que a ele ascendem.

Ao atingir o grau tão almejado na carreira, sinto-me privilegiado por haver testemunhado, nesses trinta anos de magistratura, sensíveis e significativas mudanças nas ferramentas de trabalho do Poder Judiciário Catarinense. Posso dizer, com satisfação, que participo de um Judiciário que evoluiu da juntada de peças aos autos com agulha e linha, das decisões manuscritas, para um sistema eletrônico adotado por diversos Tribunais, o qual, além de automatizar diversas atividades cartorárias, potencializa a garantia de celeridade processual para um melhor atendimento aos jurisdicionados.

Para além da tecnologia, no entanto, posso dar meu testemunho de que o espírito da ética sempre presidiu os órgãos jurisdicionais desta Egrégia Casa de Justiça, e justamente por imperar esse espírito nos seus julgamentos e atos administrativos o Poder Judiciário Catarinense desfruta de ótimo conceito no contexto judiciário nacional.

Como se percebe pelo noticiário quotidiano, o conjunto de regras e preceitos que compõem a ética tem sido especialmente maltratado nos dias que correm, de sorte que para o Poder Judiciário vêm convergindo os olhares sempre mais esperançosos dos que se sentem lesados por esse estado de coisas.

Minha ascensão a este egrégio Tribunal de Justiça constituirá, pois – mais do que a expressão do coroamento de uma carreira –, o exercício, num último estágio, de uma vida pública inteiramente comprometida com esses valores.

Aqui, com o indispensável auxílio dos colegas, de cuja larga experiência e reconhecidos dotes intelectuais haverei de me valer, pretendo dar remate a esse ideal, julgando com isenção os casos que me forem afetos, e me esforçando sinceramente para enriquecer, na medida de minhas possibilidades, o acervo jurídico e moral construído por esta colenda Corte ao longo dos seus cento e vinte e três anos de existência.

A lembrança desses valores traz-me necessariamente à memória as figuras de meus primeiros magistrados e mestres, meus pais Manoel Mariano do Nascimento e Jupira Cidade do Nascimento, com os quais aprendi a mais importante das lições – a do amor e respeito ao próximo, base de toda a ética.

Essa lição, meus amigos, foi transmitida de coração a coração, pela metodologia do amor, e por essa razão se arraigou, de modo definitivo, na minha vida. A esses mestres, hoje aqui representados pelos meus filhos e netos, meu agradecimento especial, amoroso, e eterno.

Muito obrigado.

RELAÇÃO DAS COMARCAS
DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Fórum da Comarca de Abelardo Luz
 Av. Padre João Smedt, 1667 – Centro
 CEP: 89830-000 — Abelardo Luz
 Telefone: (49) 3445-8100

Fórum da Comarca de Anchieta
 Av. Anchieta, 722 – Centro
 CEP: 89970-000 – Anchieta
 Telefone: (49) 3653-3000

Fórum da Comarca de Anita Garibaldi
 Rua Vidal Ramos Júnior, s/n – Centro
 CEP: 88590-000 – Anita Garibaldi
 Telefone: (49) 3543-5300

Fórum da Comarca de Araquari
 Rua Antonio Ramos Alvim, 500 – Centro
 CEP: 89245-000 – Araquari
 Telefone: (47) 3447-7500

Fórum da Comarca de Araranguá
 Rua Cel. João Fernandes, 195 – Centro
 CEP: 88900-000 – Araranguá
 Telefone: (48) 3521-6000

Fórum da Comarca de Armazém
 Rua Luiz Gonzaga Westrupp, 85 – Centro
 CEP: 88740-000 – Armazém
 Telefone: (48) 3645-4200

Fórum da Comarca de Ascurra
Rua Benjamin Constant, 1097 – Centro
CEP: 89138-000 – Ascurra
Telefone: (47) 3383-3300

Fórum da Comarca de Balneário Camboriú
Av. das Flores, s/n – Bairro dos Estados
CEP: 88339-900 – Balneário Camboriú
Telefone: (47) 3261-1810

Fórum da Comarca de Balneário Piçarras
Rua Eulálio da Trindade, 26 – Centro
CEP: 88380-000 – Balneário Piçarras
Telefone: (47) 3347-4007

Fórum da Comarca de Barra Velha
Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1003 – 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 Zenaide Santos de Souza, 363 – Bairro da Velha
CEP: 89036-200 – Blumenau
Telefone: (47) 3321-9200

Fórum Universitário da Comarca de Blumenau
Praça Victor Konder, 01 – Centro
CEP: 89010-150 – Blumenau
Telefone: (47) 3321-7217

Fórum da Comarca de Bom Retiro
Rua 14 de Janeiro, 165 – Centro
CEP: 88680-000 – Bom Retiro
Telefone: (49) 3277-3000

Fórum da Comarca de Braço do Norte
Praça Padre Roer, 118 – Centro
CEP: 88750-000 – Braço do Norte
Telefone: (48) 3658-9200

Fórum da Comarca de Brusque
Praça das Bandeiras, 55 – Centro
CEP: 88350-051 – Brusque
Telefone: (47) 3251-1500

Fórum da Comarca de Caçador
Rua Conselheiro Mafra, 790 – Centro
CEP: 89500-000 – Caçador
Telefone: (49) 3561-2500

Fórum da Comarca de Camboriú
Rua São Paulo, 1271 – Areias
CEP: 88345-662 – Camboriú
Telefone: (47) 3365-9300

Fórum da Comarca de Campo Belo do Sul
Rua Major Teodósio Furtado, 30 – Centro
CEP: 88580-000 – Campo Belo do Sul
Telefone: (49) 3249-3300

Fórum da Comarca de Campo Erê
Rua Maranhão, 865 – Centro
CEP: 89980-000 – Campo Erê
Telefone: (49) 3655-3500

Fórum da Comarca de Campos Novos
Praça Lauro Müller, 121 – Centro
CEP: 89620-000 – Campos Novos
Telefone: (49) 3541-6400

Fórum da Comarca de Canoinhas
Rua Vidal Ramos, 650 – Centro
CEP: 89460-000 – Canoinhas
Telefone: (47) 3621-5600

Fórum da Comarca de Capinzal
Rua Carmelo Zoccoli, 133 – Centro
CEP: 89665-000 – Capinzal
Telefone: (49) 3555-8000

Fórum da Comarca da Capital (Foro Central)
Av. Governador Gustavo Richard, 434 – Centro
CEP: 88010-290 – Florianópolis
Telefone: (48) 3287-6500

Fórum Bancário da Comarca da Capital
Rua Anita Garibaldi, 365, Ed. Artur Silveira — Centro
CEP: 88020-120 — Florianópolis
Telefone: (48) 3287-5700

Fórum Desembargador Eduardo Luz
Rua José da Costa Moellmann, 197 – Centro
CEP: 88020-170 – Florianópolis
Telefone: (48) 3287-6900

Fórum Distrital do Continente
Rua São José, 300 – Balneário/Estreito
CEP: 88075-310 – Florianópolis
Telefone: (48) 3287-5100

Fórum Distrital do Norte da Ilha
Rua Desembargador Vitor Lima, 183 – UFSC
CEP: 88040-400 — Florianópolis
Telefone: (48) 3287-5000

Fórum da Comarca de Capivari de Baixo
Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 – Centro
CEP: 88745-000 – Capivari de Baixo
Telefone: (48) 3621-4800

Fórum da Comarca de Catanduvas
Rua Almirante Tamandaré, 2776 – Centro
CEP: 89670-000 – Catanduvas
Telefone: (49) 3525-6400

Fórum da Comarca de Chapecó
Rua Augusta Müller Bohner, 300-D – Passo dos Fortes
CEP: 89805-900 – Chapecó
Telefone: (49) 3321-4000

Fórum da Comarca de Concórdia
Rua Travessa Silvio Roman, 45 – Nossa Senhora da Salete
CEP: 89700-000 – 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
Av. Vitória Régia, 254 – Pro-Flor
CEP: 88535-000 – Correia Pinto
Telefone: (49) 3243-6320

Fórum da Comarca de Criciúma
Av. Santos Dumont, s/n – Milanesi
CEP: 88804-500 – Criciúma
Telefone: (48) 3431-5201

Fórum da Comarca de Cunha Porã
Rua Benjamin Constant, 832 – Centro
CEP: 89890-000 – Cunha Porã
Telefone: (49) 3646-3000

Fórum da Comarca de Curitiba
Rua Antônio Rossa, 241 – Centro
CEP: 89520-000 – Curitiba
Telefone: (49) 3245-4500

Fórum da Comarca de Descanso
Rua Thomaz Koproski, 615 – Centro
CEP: 89910-000 – Descanso
Telefone: (49) 3623-6400

Fórum da Comarca de Dionísio Cerqueira
Av. Washington Luís, 670 – Centro
CEP: 89950-000 – Dionísio Cerqueira
Telefone: (49) 3644-6200

Fórum da Comarca de Forquilha
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, 1226 – 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 João Sotter Correa, 300 – Amizade
CEP: 89270-000 – Guaramirim
Telefone: (47) 3373-9500

Fórum da Comarca de Herval d'Oeste
Rua Nereu Ramos, 388 – Centro
CEP: 89610-000 – Herval d'Oeste
Telefone: (49) 3551-4400

Fórum da Comarca de Ibirama
Rua Dr. Getúlio Vargas, 800 – Centro
CEP: 89140-000 – Ibirama
Telefone: (47) 3357-8000

Fórum da Comarca de Içara
Rua Salete Scotti dos Santos, 150 – Jardim Elizabete
CEP: 88820-000 – Içara
Telefone: (48) 3467-1100

Fórum da Comarca de Imaruí
 Av. Governador Celso Ramos, 388 – Centro
 CEP: 88770-000 – Imaruí
 Telefone: (48) 3643-8000

Fórum da Comarca de Imbituba
 Rua Ernani Contrin, 643 – Centro
 CEP: 88780-000 – Imbituba
 Telefone: (48) 3355-8000

Fórum da Comarca de Indaial
 Rua Tiradentes, 111 – Centro
 CEP: 89130-000 – Indaial
 Telefone: (47) 3281-5400

Fórum da Comarca de Ipumirim
 Rua Bento Gonçalves, 143 – Centro
 CEP: 89790-000 – Ipumirim
 Telefone: (49) 3438-3300

Fórum da Comarca de Itá
 Rua 11, Q. 13-A, Praça dos Expedicionários, 500 – Pioneiros
 CEP: 89760-000 – Itá
 Telefone: (49) 3458-9600

Fórum da Comarca de Itaiópolis
 Rua Alfredo Fernandes Luiz, 130 – Centro
 CEP: 89340-000 – Itaiópolis
 Telefone: (47) 3652-6000

Fórum da Comarca de Itajaí
Rua Uruguai, 222 – Centro
CEP: 88302-901 – Itajaí
Telefone: (47) 3341-9300

Fórum da Comarca de Itapema
Rua 700, 270 – Várzea
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: 89221-902 – Joinville
Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da Comarca de Lages
Rua Belisário Ramos, 3650 — Centro
CEP: 88502-905 – 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
Rua Pedro Raimundo, 15 – Centro
CEP: 88880-000 – Lauro Müller
Telefone: (48) 3464-8600

Fórum da Comarca de Lebon Régis
Rua Waldir 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, 1181 – Centro
CEP: 89874-000 – Maravilha
Telefone: (49) 3664-8800

Fórum da Comarca de Meleiro
Rua José Mezari, 281 – Jardim Itália
CEP: 88920-000 – Meleiro
Telefone: (48) 3537-8300

Fórum da Comarca de Modelo
Rua Presidente Vargas, 20 – Centro
CEP: 89872-000 – Modelo
Telefone: (49) 3365-2500

Fórum da Comarca de Mondaiá
Rua Waldemar Ernesto Glufke, 71 – Centro
CEP: 89893-000 – Mondaiá
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 Balduíno Westphal, 444 – Poco Rico
 CEP: 88540-000 – Otacílio Costa
 Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça
 Rua Hilza Terezinha Pagani, 409 – Pagani
 CEP: 88132-256 – Palhoça
 Telefone: (48) 3287-5500

Fórum da Comarca de Palmitos
 Rua Padre Manoel da Nóbrega, 67 – Centro
 CEP: 89887-000 – Palmitos
 Telefone: (49) 3647-9400

Fórum da Comarca de Papanduva
 Rua Simeão Alves de Almeida, 411 – Centro
 CEP: 89370-000 – Papanduva
 Telefone: (47) 3653-6000

Fórum da Comarca de Pinhalzinho
Av. Recife, 1700 – Santo Antônio
CEP: 89870-000 – Pinhalzinho
Telefone: (49) 3366-6100

Fórum da Comarca de Pomerode
Rua XV de Novembro, 700 – Centro
CEP: 89107-000 – Pomerode
Telefone: (47) 3387-7400

Fórum da Comarca de Ponte Serrada
Rua 3 de Maio, 460 – Centro
CEP: 89683-000 – Ponte Serrada
Telefone: (49) 3435-6500

Fórum da Comarca de Porto Belo
Rua Maurílio Manoel da Silva, 252 – Perequê
CEP: 88210-000 – Porto Belo
Telefone: (47) 3369-7100

Fórum da Comarca de Porto União
Rua Voluntários da Pátria, 365 – Centro
CEP: 89400-000 – Porto União
Telefone: (42) 3521-3700

Fórum da Comarca de Presidente Getúlio
Rua Curt Hering, 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, 34 – 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 – Rio Negro
CEP: 89287-355 – São Bento do Sul
Telefone: (47) 3631-1900

Fórum da Comarca de São Carlos
Rua La Salle, 243 – Centro
CEP: 89885-000 – São Carlos
Telefone: (49) 3325-1000

Fórum da Comarca de São Domingos
Rua Brasil, 285 – Centro
CEP: 89835-000 – São Domingos
Telefone: (49) 3443-6800

Fórum da Comarca de São Francisco do Sul
Rua Coronel Oliveira, 289 – Centro
CEP: 89240-000 – São Francisco do Sul
Telefone: (47) 3471-1500

Fórum da Comarca de São João Batista
Rua Otaviano Dadam, 201 – Centro
CEP: 88240-000 – São João Batista
Telefone: (48) 3265-6300

Fórum da Comarca de São Joaquim
Rua Domingos Martorano, 302 – Centro
CEP: 88600-000 – São Joaquim
Telefone: (49) 3233-6000

Fórum da Comarca de São José
Rua Domingos André Zanini, 380 – Barreiros
CEP: 88117-200 – 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, 2070 – Centro
CEP: 89900-000 – São Miguel do Oeste
Telefone: (49) 3631-1500

Fórum da Comarca de Seara
Rua do Comércio, 171 – Centro
CEP: 89770-000 – Seara
Telefone: (49) 3452-8700

Fórum da Comarca de Sombrio
Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 – Centro
CEP: 88960-000 – Sombrio
Telefone: (48) 3533-6700

Fórum da Comarca de Taió
Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 – Centro
CEP: 89190-000 – Taió
Telefone: (47) 3562-8000

Fórum da Comarca de Tangará
Rua Luís Menoncin, 10 – Centro
CEP: 89642-000 – Tangará
Telefone: (49) 3532-7500

Fórum da Comarca de Tijucas
Rua Florianópolis, 130 – Centro
CEP: 88200-000 – Tijucas
Telefone: (48) 3263-8000

Fórum da Comarca de Timbó
Av. Getúlio Vargas, 736 – Centro
CEP: 89120-000 – Timbó
Telefone: (47) 3281-1700

Fórum da Comarca de Trombudo Central
Rua Emílio Graubner, 300 – Vila Nova
CEP: 89176-000 – Trombudo Central
Telefone: (47) 3544-8101

Fórum da Comarca de Tubarão
Rua Wenceslau Braz, 560 – Vila Moema
CEP: 88705-901 – Tubarão
Telefone: (48) 3621-1500

Fórum da Comarca de Turvo
Rua Raul Manfredi, 520 – Cidade Alta
CEP: 88930-000 – Turvo
Telefone: (48) 3525-8000

Fórum da Comarca de Urubici
Rua Nereu Ramos, n. 200 – Centro
CEP: 88650-000 – Urubici
Telefone: (49) 3278-6900

Fórum da Comarca de Urussanga
Rua Barão do Rio Branco, 115 – Centro
CEP: 88840-000 – Urussanga
Telefone: (48) 3441-1300

Fórum da Comarca de Videira
Av. Manoel Roque, 268 – Alvorada
CEP: 89560-000 – Videira
Telefone: (49) 3533-4700

Fórum da Comarca de Xanxerê
Rua Victor Konder, 898 – Centro
CEP: 89820-000 – Xanxerê
Telefone: (49) 3441-7100

Fórum da Comarca de Xaxim
Rua Rui Barbosa, 385 – Centro
CEP: 89825-000 – Xaxim
Telefone: (49) 3353-9600

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

1.440 (STF)	Santa Catarina	49
3.223 (STF)	Santa Catarina	63
2012.049592-1	Campos Novos	146
2013.075797-2	Xanxerê.....	157

AGRAVOS

328.731 (STJ)	Santa Catarina	109
851.609 (STF)	Santa Catarina.....	74
2009.016250-3	Blumenau	446
2012.041769-7/0001.00	São Francisco do Sul	492
2012.071603-8	Joinville	497
2013.051443-7	Joinville	436
2013.060917-6	Gaspar	663
2014.006245-0	Blumenau	815
2014.010401-9/0001.00	Quilombo.....	694
2014.018231-2	Joinville	396
2014.021181-9	Capital.....	676
2014.032290-9	Lages.....	877
2014.035661-8/0001.00	Joinville.....	137
2014.039975-9/0001.00	Bal. Camboriú	175
2014.049293-8/0001.00	Meleiro	168
2014.075406-5/0001.00	Araquari.....	188

APELAÇÃO – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

2013.072773-5	Camboriú	867
---------------	----------------	-----

APELAÇÕES CÍVEIS

2010.020677-5	Concórdia	193
2010.035393-3	Capital.....	683
2011.040675-6	Itajaí	282
2011.062502-6	Concórdia	641
2011.088905-3	Navegantes	566
2012.012445-5	Urussanga	301
2012.075465-0	Balneário Camboriú	381
2012.089162-8	Turvo	511
2012.090604-6	Capital.....	412
2013.005668-1	Joinville.....	294
2013.073143-5	Joinville.....	403
2013.076687-8	Indaial.....	366
2013.088629-7	Chapecó	626
2014.033129-0	Criciúma.....	560
2014.039657-1	Urussanga	655
2014.059531-3	São José	536
2014.062875-3	Capital.....	544
2014.066009-8	Jaraguá do Sul.....	592
2014.079130-0	Itajaí	347
2014.083816-5	Brusque	357

APELAÇÕES CRIMINAIS

2012.001934-3	Capivari de Baixo.....	740
2012.055900-5	Joinville.....	783
2013.018053-5	Içara	799
2013.051862-4	Palhoça	892
2014.029844-0	Abelardo Luz.....	932
2014.052228-6	Capital.....	834
2014.058748-8	Balneário Camboriú	774
2014.061710-7	Jaraguá do Sul.....	761
2014.067414-5	Palhoça	861

EMBARGOS INFRINGENTES

2012.010719-8	Brusque	454
2012.087341-7	Camboriú	473
2014.009354-1	Xanxerê	223
2014.029254-1	Caçador	466
2014.044287-8	Orleans	251
2014.058725-1	Capital.....	726

HABEAS CORPUS

123.633 (STF)	Santa Catarina	25
---------------	----------------------	----

PEDIDO DE EXECUÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

1988.060575-9/0004.00	Capital.....	604
-----------------------	--------------	-----

RECLAMAÇÃO

2014.052614-3 Palhoça 821

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS

122.600 (STF) Santa Catarina 32

RECURSOS EM MANDADO DE SEGURANÇA

15.400 (STJ) Santa Catarina 89

45.529 (STJ) Santa Catarina 97

REVISÃO CRIMINAL

2014.048526-3 Lages 719

2014.073924-5 Guaramirim 732

SENTENÇAS

0000913-67.2011.8.24.0061 São Francisco do Sul 963

0001550-85.2014.8.24.0037 Joaçaba 1064

0007805-08.2013.8.24.0033 Itajaí 982

0009813-80.2012.8.24.0036 Jaraguá do Sul 1025

037.10.001947-8 Joaçaba 1036

031.13.001343-0 Indaial 939

SUSPENSÃO DE LIMINAR

2014.050086-4 Guaramirim 133

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ato de improbidade administrativa. Inocorrência. Contrato de prestação de serviços de recepcionista, servente, copeira, telefonista e motorista. Renovação contratual. Possibilidade. Desnecessidade de novo processo licitatório. Ausente o dolo, a má-fé ou lesão ao erário. Ausência de subsídios fáticos ou jurídicos a legitimar o seguimento da ação civil pública. Rejeição da ação pela inexistência do ato de improbidade (Art.17, § 8, da Lei n. 8.429/1992).....676

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Apelação cível. Infração de consumo. Distribuição de combustíveis sem observação da legislação regente. Alegação de nulidade da sentença, tendo em vista a pendência de exceção de incompetência. Improriedade. Competência firmada no julgamento da ação. Suscitada inconstitucionalidade das portarias n.º 116/00/ANP e 29/99/ANP. Inconsistência. Legitimidade dos Estados para disciplinar a distribuição de combustíveis (ADI nº 1.980/PR, rel. Min. Cezar Peluso). Distribuição de combustíveis a postos fidelizados (com bandeira própria). Ofensa ao disposto no art. 6.º da Lei n.º 13.325/05. Dano moral difuso. Condenação, no caso, que decorre unicamente do descumprimento de regra objetiva. Impossibilidade de presunção do dano. Exclusão da condenação683

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Declaração de nulidade de artigos das Leis Complementares Municipais de Itajaí n. 214/2012 e 215/2012. Zona Especial Ambiental – ZEA. Exigência de estudo ambiental e urbanístico es-

pecífico para a Macrozona de Proteção Ambiental e obrigação de a Câmara de Vereadores deliberar sobre a matéria por meio de audiência pública. Ação julgada procedente.....982

AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO

Conserto de ar-condicionado. Orçamento. Inobservância. Duplicata. Protesto. Abusividade. Abalo à imagem. Verba reparatória devida. Sucumbência invertida. Apelo provido560

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA

Transporte terrestre de passageiros. Lei Complementar n. 87/96. Constitucionalidade. Ausência de violação ao mecanismo da não cumulatividade. Distinção entre “contribuinte de direito” e “contribuinte de fato” (o usuário), que não possui direito à escrituração de crédito fiscal. Arts. 4º, 11, II, “a” e “c”, e 12, V e XII. Identificação do fato gerador do imposto, sua base de cálculo e a identificação do sujeito passivo. Precedentes do TJSC e TJRS.....641

AÇÃO DE COBRANÇA

Contrato de consultoria, regido pelo Código Civil. Ajuste por prazo determinado. Cláusula de remuneração variável. Incidência sobre a variação positiva do EBIT (do inglês *Earn Before Interest and Taxes*, traduzido como “resultado antes das despesas financeiras”), após o transcurso do prazo acordado. Exigência de lucro para a incidência da remuneração. Descabimento. Atividade de meio. Vinculação da consultoria a diagnóstico apresentado antes da contratação. Impossibilidade. Atividade sujeita às intempéries

econômicas, políticas e legislativas. Ausência de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. Restabelecimento da sentença que se impõe ..454

AÇÃO DE DIVÓRCIO, ALIMENTOS E GUARDA

Agravo de Instrumento. Alteração de domicílio da guardiã durante a tramitação do feito. Regra do juízo imediato (art. 147 do ECA) que se sobrepõe ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis* (art. 87 do CPC). Ausência de indícios de alienação parental. Ademais, manutenção do processo na comarca anterior que violará o primado constitucional do melhor interesse da criança436

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS

Apelação cível. Elemento mais fraco na relação de consumo. Vulnerabilidade prevista no art. 4º, inciso I, do CDC. Princípio da igualdade material. Inexistência da efetiva ciência da cláusula limitativa da cobertura securitária. Impossibilidade de exclusão da indenização. Mitigação do elemento volitivo dos consumidores. Seguro de viagem internacional. Negativa de cobertura. Incidência do código de defesa do consumidor. Contrato de adesão. Unilateralidade dos serviços, da confecção e da relação contratual193

AÇÃO DE INVENTÁRIO

Direito internacional privado. Aplicação da lei brasileira para regular a ordem de vocação hereditária sobre bens de estrangeiro situados no Brasil. Resguardo do direito dos herdeiros brasileiros. Legislação brasileira mais benéfica. Artigo 5º, XXXI, da Constituição Federal, e Artigo 10, § 1º, da Lei de introdução às normas do direito brasileiro446

AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL

Apelação cível. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável com partilha de bens. Procedência na origem. Alegação do réu de que apenas namoravam. Descabimento. Convivência duradoura, estável e pública. União estável reconhecida. Bens adquiridos na constância da convivência e de forma onerosa. Presunção de contribuição de ambos não afastada. Produtos do esforço comum do par. Partilha mantida..... 403

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Devolução do valor residual garantido (VRG) pago antecipadamente pelo arrendatário. Restituição devida quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado como VRG. Entendimento firmado pelo STJ em recurso representativo de controvérsia (Resp n. 1.099.212/RJ) 492

AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO

Pretendida rescisão unilateral do negócio. Ausência de notificação prévia à parte adversa, acerca do desinteresse na continuidade do pacto. Autor embargado que, conquanto estivesse enfrentando dificuldade econômica, deixou de antecipadamente cientificar o arrendador acerca do seu interesse no distrato da avença. Inobservância do art. 473 do Código Civil. Princípio da boa-fé que deve reger as relações contratuais. Rescisão que, embora permitida, mostra-se incapaz de se concretizar na espécie..... 473

AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES COM PERDAS E DANOS

Apelações cíveis. Aquisição de veículo zero quilômetro que apresentou vício oculto. Preliminares. Cerceamento de defesa diante do julgamento antecipado da lide. Rejeição. Presentes as condições da ação. Preliminares afastadas. Mérito. Decadência. Insustentabilidade da afirmativa. Vício reclamado ainda no prazo de garantia. Insurgência das apelantes em relação aos lucros cessantes. Conjunto probatório insuficiente. Verba indevida. Dano moral. Cristalina frustração da autora. Requisitos da responsabilidade civil caracterizados. Dever de indenizar configurado.....412

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Abolição dos efeitos de sanções disciplinares aplicadas a servidores estaduais. Regime jurídico funcional. Matéria sujeita a reserva de iniciativa legislativa. Normas de aplicação obrigatória aos estados-membros. Inconstitucionalidade formal de lei decorrente de iniciativa parlamentar. Violação ao princípio da reserva administrativa. Art. 2º. Definição de crime de responsabilidade. Inconstitucionalidade material. Súmula 722/STF49

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Lei nº 10.926/1998 do Estado de Santa Catarina. Tribunal de Contas. Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade formal. Transposição de cargos da Corte de Contas para o quadro de pessoal do Poder Executivo.....63

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Alteração da Planta de Valores Imobiliários do Município de Campos Novos entabulada por Decreto do Executivo. Violação ao princípio da legalidade estrita. Revisão do valor venal dos imóveis no âmbito do Município, base de cálculo para o IPTU, exige a edição de lei em sentido estrito. Inconstitucionalidade reconhecida..... 146

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Lei Orgânica do Município de Xanxerê. Delega à Câmara Municipal a competência para a fixação do número de vereadores. Matéria que, necessariamente, deve constar da própria Lei Orgânica. Presença de vício material 157

AÇÃO INDENIZATÓRIA

Apelação cível. Instituição hospitalar. Litisdenúnciação do profissional médico. Recurso provido para extinguir o processo relativamente à pessoa física. Demanda submetida ao CDC. Inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, inc. III). Falta de acompanhamento médico adequado. Ausência de confecção do documento denominado partograma. Omissão do hospital caracterizada. Responsabilização objetiva. Dever de indenizar tido.....301

AÇÃO INDENIZATÓRIA

Danos decorrentes de explosão do gasoduto Bolívia-Brasil, que teria dado causa a deslizamentos de terra em meio às enxurradas ocorridas no Estado. Autores que perderam moradia e trabalho

rural. Dano psicológico impelido aos autores. Perigo na demo-
 ra presente. Responsabilização objetiva. Teoria do Risco Integral
 aplicável. Risco de irreversibilidade da medida mais grave ao au-
 tor. Presunção da causalidade ou concausalidade. Antecipação de
 tutela recursal confirmada.....663

AÇÃO REDIBITÓRIA

Suscitada a decadência do direito do autor. Circunstância não
 verificada. Compra e venda de automóvel usado. Posterior consta-
 tação de que o bem já esteve envolvido em sinistro com danos
 parciais. Circunstância que não constitui vício oculto. Inexistên-
 cia de obrigação da ré de informar acerca do histórico de aciden-
 tes envolvendo o veículo. Alegado prejuízo diante da negativa de
 seguradoras em efetuar o seguro do veículo. Não comprovação.
 Ônus que cabia ao autor. Exegese do art. 333, I, do Código de Pro-
 cesso Civil..... 357

AÇÃO RESCISÓRIA

Contrato de parceria agrícola. Cultivo de parte de gleba de ter-
 ras. Autor impedido de retomar suas atividades, sem qualquer co-
 municação prévia. Prejuízo. Rescisão do contrato. Reparação de
 danos improcedente. Condenação do réu ao pagamento de inde-
 nização a título de acerto de contas, sob pena de locupletamento
 sem causa 1025

AÇÃO RESSARCITÓRIA

Pedra arremessada por máquina roçadeira operada por servidor
 municipal. Lesão corporal constatada. Responsabilidade civil pa-

tenteada (art. 37, § 6º, CF). Dano moral caracterizado. *Quantum* indenizatório majorado. Danos materiais não tipificados655

ADIAMENTO DA SESSÃO DE JULGAMENTO 32

ADOÇÃO DIRETA – INTUITU PERSONAE 366

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO –

Confronto a decisão monocrática que deu provimento ao recurso para declarar a nulidade parcial do decisório agravado por ausência de fundamentação. Imprescindibilidade de exposição dos motivos fáticos e jurídicos embasadores do convencimento do juiz da causa. Decisão monocrática mantida 175

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Confronto a decisão monocrática que negou seguimento, liminarmente, ao recurso por ausência da certidão de intimação da decisão agravada ao agravante. Documento obrigatório (art. 525, I, do CPC). Juntada apenas de cópia de certidão da publicação no diário da justiça eletrônico em nome da procuradora do agravado. Meio ineficaz e impróprio. Impossibilidade de checar a tempestividade do recurso. Abertura de prazo para apresentação da referida peça. Descumprimento. Decisão mantida 168

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL

Descumprimento de condição imposta em autorização de saída temporária. Decisão que determinou a regressão do regime de

cumprimento da pena e declarou a perda dos dias remidos. Fato que não constitui falta grave, nos termos do disposto no art. 50 da Lei n. 7.210/1984. Desproporcionalidade da medida aplicada. Arts. 57 e 125 da Lei de Execução Penal..... 815

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL

Internação do detento em clínica especializada para tratamento de dependência química. Tempo de internação. Cômputo para fins de cumprimento de pena. Possibilidade. Objetivos da execução penal. Efetivação das disposições da sentença e reintegração social do condenado. Medida arazoada no caso concreto877

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL

Ação de Improbidade Administrativa. Ex-Prefeito. Direcionamento de licitação para aquisição de veículo pela municipalidade. Caracterização dos atos de improbidade previstos no art. 11 da Lei 8.429/1992. Dolo genérico na conduta do agente. Sanção do art. 12 da Lei de Improbidade. Impossibilidade de modificação da conclusão da Corte de origem. Reexame do acervo fático-probatório inviável em Recurso Especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ109

AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

Centro de atendimento socioeducativo (CASE) de Joinville. Recurso contra a suspensão da construção de muro, torres de observação e de instalação de câmeras de monitoramento. Alegado risco à segurança pública em virtude da existência de alambrado ao

redor do centro de atendimento. Invocada a fragilidade da estrutura. Tese de ameaça à comunidade local e exposição da imagem dos adolescentes. Não ocorrência. Risco não verificado na hipótese. Prédio edificado em consonância com as normas do SINASE..... 137

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

Combate a decisão monocrática que deferiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Ato não sujeito a qualquer espécie de recurso. Inteligência do art. 527, parágrafo único, do CPC, e do art. 195, § 1º, TJSC 188

AGRAVO REGIMENTAL EM REVISÃO CRIMINAL

Ação aforada pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Prescindibilidade de anuência expressa do apenado ou de procuração. Precedentes. Condenado, ademais, em condição de vulnerabilidade processual. Reclamo provido.....694

ANTECEDENTES CRIMINAIS 924

APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIOS QUALIFICADOS, FURTO SIMPLES E CORRUPÇÃO DE MENORES

Apelação. Fundamentação vinculada. Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal. Divergência entre a alínea indicada e as razões recursais. Mera irregularidade. Recursos conhecidos por votos da maioria. Ata de sessão não assinada pelos defensores. Mera irregularidade. Ausência de prejuízo. Anulação da decisão emanada do Conselho de Sentença. Verdicto arrimado na versão mais convincente. Existência de suporte probatório. Decisão mantida.

Injustiça na aplicação da pena. Antecedente criminal. Condenação transitada em julgado há mais de 10 anos. Impossibilidade de valoração. Novo posicionamento do órgão julgador. Conduta social. Valoração negativa. Convívio social desfavorável. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. Possibilidade. Crime de corrupção de menores. Prova da menoridade. Condenação mantida. Atenuante da menoridade. Circunstância preponderante. Valoração diversa de agravante igualmente preponderante. Ausência de fundamentação. Constrangimento ilegal. Ponderação equivalente. Adequação da pena.....892

APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO – PRAZO 511 e 518

ATA – TRIBUNAL DO JÚRI – ASSINATURAS918

ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE HOMICÍDIO

Rejeição da representação. Oitiva informal do adolescente não realizada. Prescindibilidade. Art. 180 da Lei n. 8.069/90. Membro do Ministério Público que entendeu cabível a representação. Oitiva prévia, aliás, que não se submete à ampla defesa e ao contraditório, diante de sua natureza extrajudicial. Decisão cassada. Determinação para o prosseguimento da ação socioeducativa nos termos do art. 184 da Lei n. 8.069/90.....867

ATO LIBIDINOSO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL – CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO MATERIAL..... 1064

ATENUANTE E AGRAVANTE – EQUIVALÊNCIA929

ATOS DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

Art. 48 193 e 202

AUSÊNCIA DE RAZÕES RECURSAIS – PROCESSO PENAL.... 719

AUXÍLIO-DOENÇA

Controvérsia entre as Câmaras de Direito Público acerca da possibilidade de desconto dos valores recebidos a título de auxílio-doença no período em que a segurada manteve vínculo empregatício. Divergência composta, por maioria, no sentido da impossibilidade de desconto ou compensação pelo órgão ancilar, sob pena de reconhecimento da ineficiência do INSS. Exercício de atividade laboral para manutenção da subsistência, com inegável sacrifício da saúde e possibilidade de piora do quadro clínico. Observância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade626

BASE DE CÁLCULO – IPTU – DECRETO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – INCONSTITUCIONALIDADE146

BOA-FÉ OBJETIVA 193, 208 e 482

BUSCA E APREENSÃO DE ADOLESCENTE..... 396 e 398

CADASTRO RESTRITIVO DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO511

CADASTRO UNIFICADO INFORMATIZADO DE ADOÇÃO – CUIDA..... 366 e 370

CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO – AUSÊNCIA.....	168 e 170
CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA.....	412 e 418
CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO	719 e 861
CHEQUES – IRREGULARIDADE NO ENDOSSO.....	536 e 541
CITAÇÃO POR EDITAL.....	536 e 538
CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA	282
CLÁUSULA PENAL (MULTA PENAL)	282 e 289
CÓDIGO CIVIL	
Art. 186	349 e 571
Art. 389	221 e 282
Art. 397	289, 291 e 518
Art. 402	428
Art. 408	288
Art. 413	288
Art. 473	485
Art. 765	193
Art. 757	209
Art. 927	349, 571 e 672
Art. 927, parágrafo único	523
Art. 1.638	229
Art. 1.723	403 e 406
Art. 1.790, II.....	451

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Art. 2º	201
Art. 3º.....	202 e 310
Art. 4º, I.....	203
Art. 6º, III.....	206
Art. 14	258 e 320
Art. 17	202
Art. 18.....	421
Art. 26	421 e 359
Art. 34.....	564
Art. 39, VI.....	564
Art. 40.....	564
Art. 46	204 e 206
Art. 51, IV, § 1º, III.....	209
Art. 82, IV	550
Art. 88	301 e 311
Art. 95	557

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Art. 17	601
Art. 20, § 4º	533
Art. 42, §3º	598
Art. 70, III	301 e 311
Art. 87.....	436
Art. 128.....	323
Art. 135.....	317
Art. 165	175 e 179
Art. 183.....	518
Art. 231.....	539

Art. 232.....	539
Art. 267, §3º.....	549
Art. 273.....	667
Art. 330.....	417
Art. 333, II, CPC.....	330, 521 e 541
Art. 331, I.....	354, 362 e 485
Art. 334, I.....	555
Art. 397.....	518
Art. 424.....	302 e 317
Art. 460.....	323
Art. 461, § 4º.....	1017
Art. 471, I.....	617
Art. 475Q.....	344
Art. 509.....	681
Art. 525, I.....	168 e 170
Art. 527.....	173
Art. 557.....	173 e 695
Art. 557, § 2º.....	77
Art. 615-A.....	352
Art. 1.046.....	388 e 595
Art. 1.048.....	381 e 385
Art. 1.219.....	598

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Art. 10, § 3º.....	821 e 823
Art. 41.....	838
Art. 74, § 1º.....	1060
Art. 387, § 1º.....	33 e 42
Art. 403.....	865
Art. 419.....	1060

Art. 494	918
Art. 593	903
Art. 601	722
Art. 630	738
Art. 654, § 2º	32

CÓDIGO PENAL

Art. 14, II.....	786
Art. 59	857
Art. 67	930
Art. 92, I, “a”	758
Art. 109, V e IV	804
Art. 110, § 1º	803
ART. 121, § 3º e § 4º	740 e 745
Art. 157, § 2º, I.....	728
Art. 157, § 3º, segunda parte.....	786
Art. 213, § 1º	1078
Art. 217-A.....	933
Art. 218-B, § 2º, inciso I	1064
Art. 234-A, inciso IV.....	1064

CÓDIGO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL – CAMPOS NOVOS

Art. 257, §2º	150
Art. 260	150

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Art. 97, §1º	154
--------------------	-----

COMBUSTÍVEIS (DISTRIBUIÇÃO)	683
COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR (MUNICÍPIO)	939 e 946
CONCORRÊNCIA DESLEAL – NÃO OCORRÊNCIA.....	571
CONCURSO PÚBLICO – APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS.....	103
CONDIÇÕES DA AÇÃO.....	418
CONDUTA SOCIAL.....	927
CONSTITUCIONALIDADE DE ARTIGO DE LEI MUNICIPAL.....	939
CONSTITUIÇÃO ESTADUAL	
Art. 21, § 2º	102
Art. 111, V	161
Art. 128, I	154
CONSTITUIÇÃO FEDERAL	
Art. 5º, X.....	349
Art. 5º, XXXVII.....	569
Art. 5º, XXXI.....	449
Art. 5º, XXXII	202
Art. 5.º, XXXVIII, “c”	902
Art. 12, I, “a”	450
Art. 24, I	1006
Art. 29, IV	161

Art. 30, I e II.....	946
Art. 30, VIII.....	1006
Art. 37, IX.....	102
Art. 37, XXI.....	114
Art. 37, § 6º.....	655, 657 e 966
Art. 61, II, § 1º, “c”.....	53
Art. 73.....	67
Art. 75.....	67
Art. 93, IX.....	178
Art. 96, II, “b”.....	68
Art. 135.....	771
Art. 150, I.....	154
Art. 170.....	943
Art. 170, V.....	203
Art. 225, § 1º, III.....	947
Art. 226, § 3º.....	406
CONSTRIÇÃO JUDICIAL.....	386
CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA – BURLA A CONCURSO PÚBLICO – NÃO OCORRÊNCIA.....	104
CONTRATO DE ADESÃO.....	193
CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING).	

Natureza jurídica do contrato de arrendamento mercantil que não permite a análise da taxa de juros remuneratórios, em razão da ausência da contratação explícita deste encargo. Distinção entre juros remuneratórios e custo efetivo. Percentual que não representa somente a remuneração do capital, mas todos os encargos e des-

pesas incidentes na operação de crédito, nos termos da Resolução n. 3.517/2007 do Banco Central do Brasil466

CONVENÇÃO DA UNIÃO DE PARIS

Art. 10 bis570

CONVIVÊNCIA DURADOURA, ESTÁVEL E PÚBLICA.....403

CORREÇÃO MONETÁRIA304 e 412

CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO

Prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa. Lapso temporal entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória superior a oito anos. Extinção da punibilidade que se impõe (art. 107, IV, CP799

CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Manutenção em depósito e exposição à venda de relógios, bolsas femininas, óculos de sol, chaveiros, roupas, capas femininas, cassetes, carteiras e cintos falsificados. Absolvição sumária (CPP, art. 397, III). Ausência de materialidade delitiva. Prova pericial que não atestou a impropriedade dos produtos apreendidos774

DANO MORAL DIFUSO – NÃO OCORRÊNCIA 683

DANOS MORAIS 196, 304, 334, 351, 430, 525, 560, 565, 660 e 974

DANOS MATERIAIS..... 195, 334 e 976

DECADÊNCIA	412 e 421
DECISÃO IRRECORRÍVEL	188
DECRETO-LEI 3.240/1941	
Art. 1º.....	761 e 765
Art. 3º	767
DECRETO N. 1.832/1996	969
DECRETO MUNICIPAL N. 5.923/2009 – CAMPOS NOVOS	149
DEPÓSITO – VALOR DA MULTA – PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL	78
DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR	223
DIREITO À PRODUÇÃO DE PROVA	299
DIREITO DE MARCA	
Motores estacionários. Importação, distribuição e comercialização. Concorrência desleal não evidenciada. Fraude não comprovada. Garantia do princípio da livre concorrência estabelecido no artigo 170, IV, da Constituição Federal	566
DISCURSOS	
Discurso proferido pela Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, em homenagem ao Jubileu de Prata do Superior Tri-	

bunal de Justiça e aos 123 anos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina	1089
Discurso proferido pelo Ministro Francisco Falcão, em nome do Superior Tribunal de Justiça e dos Ministros homenageados, na solenidade de comemoração do Jubileu de Prata da Corte Superior e dos 123 anos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina	1096
Discurso proferido pelo Desembargador Nelson Schaefer Martins, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em nome da Corte Estadual, na solenidade de comemoração do Jubileu de Prata do Superior Tribunal de Justiça e dos 123 anos do Tribunal de Justiça catarinense.....	1098
Discurso proferido pelo Desembargador Eládio Torret Rocha, em nome do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em saudação ao Desembargador empossado Rogério Mariano do Nascimento	1102
Discurso de posse do Juiz de Direito Rogério Mariano do Nascimento no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina....	1107
DIREITO AMBIENTAL	939 e 982
DOLO EVENTUAL – NÃO OCORRÊNCIA	1053
DOMICÍLIO – AÇÃO DE DIVÓRCIO, ALIMENTOS E GUARDA.....	436
EBIT – <i>EARN BEFORE INTEREST AND TAXES</i> – LUCROS ANTES DE JUROS E IMPOSTOS.....	458

EFEITO SUSPENSIVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO 188

EMBARGOS DE TERCEIRO 381, 385 e 386

EMBARGOS DE TERCEIRO

Compra e venda de veículo não levada a registro. Irresignação do embargante apenas quanto ao alegado dano moral pela restrição do automóvel. Insustentabilidade. Ato não equivalente à penhora. Possibilidade de disposição do bem. Abalo anímico não configurado. Ônus que cabia ao embargante. Exegese do art. 333, I, do Código de Processo Civil. Sentença mantida 347

EMBARGOS DE TERCEIRO

Pretensão de retenção por benfeitorias. Anterior ajuizamento de embargos de terceiro contra o credor originário. Coisa julgada. Artigo 42, § 3º, do Código de Processo Civil. Litigância de má-fé. Pedido formulado em sede de contrarrazões de recurso. Caracterização da conduta tipificada no artigo 17, I, II e VI, do Código de Processo Civil. Imposição da pena de multa e indenização 592

EMBARGOS INFRINGENTES

Destituição do poder familiar. Alcoolismo. Embriaguez reiterada dos pais. Deveres inerentes ao poder familiar. Não cumprimento. Aplicação do art. 22 do ECA. Abandono afetivo e material comprovado nos autos Situação de grave risco verificada. Incidência do Art. 1.638 do Código Civil. Perda do poder familiar confirmada 223

EMBARGOS INFRINGENTES

Responsabilidade médico-hospitalar. Sofrimento fetal ocorrido durante o trabalho de parto, acarretando paralisia cerebral à neonata. Pleito de danos materiais e morais à lesada e seus pais. Parturiente internada e acompanhada exclusivamente por parteira. Evidências a indicar a inexistência de médico plantonista na especialidade (ginecologia obstetrícia) no hospital-maternidade na madrugada dos fatos. Negligência da equipe de enfermagem e da parteira na monitoração do trabalho de parto. Responsabilidade objetiva do ente hospitalar, a teor do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Atuação da médica demandada que não se caracteriza como omissiva, negligente, imprudente ou imperita. Resultado danoso não decorrente de conduta culposa da profissional em questão. Nexo causal verificado tão somente com relação à política adotada pela fundação hospitalar.....251

EMPREGO DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA – MAJORANTE CARACTERIZADA.....726 e 729

ENDOSSO541

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI N. 8.069/90)

Art. 19229
 Art. 22229
 Art. 24229
 Art. 28366
 Art. 29366

Art. 30	366
Art. 39	366
Art. 40	366
Art. 41	366
Art. 42	366
Art. 43	366
Art. 44	366
Art. 45	366
Art. 46	366
Art. 47	366
Art. 48	366
Art. 49	366
Art. 50	366
Art. 147	439
Art. 170	871
Art. 179	870
Art. 181, § 2º	871
Art. 199-B.....	228
Art. 247, §1º	140

ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL – EIA 999

ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ABSOLVIÇÃO

Recurso ministerial buscando a condenação. Inviabilidade. Circunstâncias específicas do caso concreto. Ofensividade da conduta. Juízo de valoração da ação. Princípio da adequação social. Absolvição mantida

932

FALÊNCIA 497

FALTA GRAVE	815
GARANTIA CONTRATUAL	422
GRATIFICAÇÃO (INCORPORAÇÃO)	604 e 620
GRATIFICAÇÃO DE DILIGÊNCIA – OFICIAIS DE JUSTIÇA ...	89
GUARDA	396 e 436

HABEAS CORPUS

Cerceamento de defesa. Nova intimação para julgamento de recurso de apelação levado à sessão imediata. Desnecessidade. Ausência de comparecimento da defesa na data inicialmente prevista. Inferência do desinteresse em sustentar oralmente

25

HABILITAÇÃO DE CRÉDITO	497
-------------------------------------	-----

HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE

Réu médico. Uso indevido de medicamento para realização de endoscopia. Dolo eventual não evidenciado. Desclassificação da conduta. Competência do Tribunal do Júri afastada. Inteligência dos arts. 74, §1º e 419 do Código de Processo Penal

1036

HOMICÍDIO CULPOSO CIRCUNSTANCIADO PELA INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO

Bombeiro militar que deixa de enviar guarnição do Auto Socorro de Urgência (ASU). Omissão injustificada. Negativa de envio da viatura sob o falso argumento de estar atendendo outra ocorrên-

cia. Resultado morte que poderia ter sido evitado. Nexo causal entre a conduta omissiva do apelante e o óbito da vítima devidamente demonstrados. Condenação mantida. Pleito de afastamento da causa de aumento prevista no art. 121, § 4º, do Código Penal. Impossibilidade. Omissão do apelante que contribuiu significativamente para o óbito da adolescente. Pedido de exclusão do efeito da condenação previsto no art. 92, I, do Código Penal. Decisão suficientemente fundamentada. Argumento improcedente740

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS 345, 512 e 533

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DEFENSORIA PÚBLICA – INVIABILIDADE 761 e 771

ICMS651

IDENTIFICAÇÃO CIVIL.....736

ILEGITIMIDADE..... 549 e 614

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – NÃO OCORRÊNCIA...676

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DOLO GENÉRICO 109

INCIDÊNCIA DE ICMS – TRANSPORTE TERRESTRE DE PASSAGEIROS 645

INDENIZAÇÃO 193, 334, 511, 560, 655 e 963

INÉPCIA DA DENÚNCIA.....838

INÉPCIA DA INICIAL	321
INOVAÇÃO RECURSAL	338
INSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA	939
INTERESSE PROCESSUAL	419
INTIMAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO – ADIAMENTO – CERCEAMENTO DE DEFESA	27
INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	302 e 312
JUIZ IMEDIATO	439
JULGAMENTO ANTECIPADO	416 e 417
JULGAMENTO ANTECIPADO – CERCEAMENTO DE DEFESA – SENTENÇA ANULADA	294
JULGAMENTO <i>EXTRA PETITA</i> – NÃO OCORRÊNCIA	552
JUROS DE MORA	291, 343 e 413

LATROCÍNIO TENTADO

Sentença absolutória. Recurso do Ministério Público. Pretendida a condenação. Possibilidade. Materialidade e autoria devidamente comprovadas. Reconhecimento judicial dos acusados pela vítima. Depoimentos dos ofendidos uníssonos e harmônicos. Consu-

mada subtração do numerário. Morte que não se consuma por circunstâncias alheias à vontade dos agentes. Condenação que se impõe. Sentença reformada	783
LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM	541
LEGITIMIDADE DO ESTADO	687
LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM	420
LEI N. 6.938/1981	
Art. 14, §1º	672
LEI N. 7.347/1985	
Art. 5º, V, “a” e “b”	550
LEI 7.661/1945 (REVOGADA PELA LEI N. 11.101, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005)	
Art. 80	502
Art. 82	502
Art. 98	502
LEI 8.078/1990	
Art. 18, § 6º, II	775 e 779
LEI 8.137/1990	
Art. 7º, IX.....	775 e 779

LEI N. 8.429/1992

Art. 11	111
Art. 17, §8º	680

LEI N. 8.437/1992

Art. 4º, § 9º	137 e 145
---------------------	-----------

LEI N. 8.666/1993

Art. 17, II, “b”	113
Art. 3º, <i>caput</i>	114
Art. 4º, § 1º	114

LEI N. 8.906/1994 (ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL)

Art. 23	345
---------------	-----

LEI N. 9.278/1996

Art. 1º	406
---------------	-----

LEI N. 9.279/1996 (PROPRIEDADE INDUSTRIAL)

Art. 195, III	570
Art. 196, III	571
Art. 209	582 e 570

LEI N. 10.076/1996

Art. 1º 51
Art. 2º 51

LEI N. 10.257/2001 (ESTATUTO DA CIDADE)995

LEI N. 10.926/1998

Art. 3572

LEI N. 11.343/2006

Art. 33, caput840
Art. 33, § 3º848
Art. 33, § 4º 837 e 855
Art. 42858

LEI N. 12.010/2009366

LEI N. 13.325/2005

Art. 3º689
Art. 4º690
Art. 6º689

LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEI N. 7.210/1984)

Art. 50817
Art. 57818
Art. 124818
Art. 125818

LEI COMPLEMENTAR N. 87/96

Art. 4º, <i>caput</i>	654
Art. 11, II, “a”.....	654

LEI COMPLEMENTAR N. 575/2012

Art. 2º.....	770
Art. 46.....	696
Art. 48, II.....	771

LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 260/2004

Art. 1º, <i>caput</i> , II.....	102
Art. 2º, <i>caput</i>	102

LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 297/2005

Art. 16.....	622
Art. 17.....	622
Art. 31.....	624

LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 94/2006 (ITAJAÍ) ...993**LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 214/2012 (ITAJAÍ)988****LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 215/2012 (ITAJAÍ) ...982****LEI ESTADUAL N. 5.624/1979**

Art. 356.....	93
---------------	----

LEI ESTADUAL PROMULGADA N. 1.134/1992

Art. 3º, § 1º622

LEI MUNICIPAL N. 1.958/1990 (INDAIAL)

Art. 13945

Art. 14945

LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE ITAJAÍ

Art. 114993

Art. 124, § 2º993

LICENÇA AMBIENTAL..... 939 e 942

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ..... 364 e 599

LITISDENUNCIÇÃO311

LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO416

LUCROS CESSANTES428

MANDADO DE SEGURANÇA.....604

MONITÓRIA.....536

**NEGATIVA DE SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO
.....168**

NEXO DE CAUSALIDADE	303 e 340
NULIDADE DE SENTENÇA	861 e 863
OITIVA INFORMAL DO ADOLESCENTE.....	870
ÔNUS DA PROVA	206
PARTILHA DE BENS	403
PARTO (PARTURIENTE – PARTOGRAMA)	262
PERDAS E DANOS.....	289
PERÍCIA.....	319
PERITO JUDICIAL.....	301 e 316
POSSE	381
PRESCRIÇÃO RETROATIVA.....	799 e 803
PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA.....	321
PRINCÍPIO DA <i>PERPETUATIO JURISDICTIONES</i>.....	436
PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO	1019
PRINCÍPIO DA RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO (RESERVA ADMINISTRATIVA)	58

PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA.....206

PRISÃO PREVENTIVA

Ausência dos requisitos – habeas corpus concedido ex officio..... 32

PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATA..... 560

PROVIMENTOS

N. 5/2005 CGJ/TJSC..... 366 e 370

N. 12/2005 CGJ/TJSC..... 366 e 370

N. 13/2005 CGJ/TJSC..... 366 e 370

N. 15/2005 CGJ/TJSC..... 366 e 370

PUBLICAÇÃO DA INTIMAÇÃO NO DIÁRIO DA JUSTIÇA

Documento ineficaz e impróprio..... 168

QUANTIDADE DE DROGA 856

RECLAMAÇÃO (CORREIÇÃO PARCIAL) 821

RECONSIDERAÇÃO 188

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS

Tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico, falsificação, corrupção e adulteração ou alteração de produtos destinados a fins terapêuticos. Condenação. Pedido de adiamento da sessão de jul-

gamento atendido. Segunda pretensão de adiamento indeferida. Pedido protocolado minutos antes da realização do ato processual. Cerceio à ampla defesa. Inocorrência32

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

Oficiais de Justiça de Santa Catarina. Cumprimento de mandados de gratuidade judiciária. Gratificação de diligência. Lei estadual n. 5.624/79. Suficiência. Antecipação das custas e despesas. *Bis in idem*.....89

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Concurso público. Servidor estadual. Aprovação fora das vagas. Alegação de preterição. Contratação temporária para substituição de servidor afastado por licença para tratamento de saúde. Inexistência. Vaga para nomeação. Ausência de comprovação do direito líquido e certo97

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO

Imposição de multa à parte recorrente (CPC, art. 557, § 2º), pelo órgão judiciário de origem. Interposição do apelo extremo. Prévio depósito do valor da multa como requisito de admissibilidade de novos recursos. Valor da multa não depositado. Recurso não conhecido, monocraticamente, pelo relator. Recurso de agravo deduzido contra tal decisão. Persistência da falta de depósito da multa. Recurso de agravo não conhecido74

REFORMATIO IN PEJUS282

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 195, § 1º	188
Art. 243	823

REGIME PRISIONAL	857
-------------------------------	------------

RELAÇÃO DE CONSUMO	193
---------------------------------	------------

REPRESENTAÇÃO DE ADOLESCENTE	867
---	------------

RESCISÃO CONTRATUAL	382
----------------------------------	------------

RESCISÃO UNILATERAL DE CONTRATO	481
--	------------

RESOLUÇÃO N. 153/2012 – CNJ	94
--	-----------

RESOLUÇÃO N. 244/2005 (ANVISA)	1050
---	-------------

RESPONSABILIDADE CIVIL.....	312, 412, 421, 657, 673 e 968
------------------------------------	--------------------------------------

REVISÃO CRIMINAL

Atentado violento ao pudor. Código Penal, art. 214, <i>caput</i> , combinado com o art. 224, “a”. Condenação. Interposição de recurso. Pedido de aplicação do art. 600, § 4.º do Código de Processo Penal. Advogado constituído. Transcurso do prazo <i>in albis</i> . Apelação criminal julgada sem a apresentação de razões (CPP, art. 601). Cerceamento de defesa caracterizado. Nulidade absoluta	719
---	-----

REVISÃO CRIMINAL

Ação penal ajuizada contra pessoa que se identifica com nome de terceiro. Prova documental robusta no sentido de que o plei-

teante trabalhou e exerceu outras atividades durante o período de segregação do réu. Reconhecimento fotográfico do réu (negro) que revela a distinção com o revisionando (branco). Exclusão de todos os registros criminais decorrentes da ação penal e seu respectivo processo de execução. Pedido de indenização (CPP, art. 630). Ausência de prova pré-constituída da existência de prejuízo. Apuração em ação própria732

ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO

Embargos infringentes. Divergência em relação à incidência da majorante do emprego da arma de fogo. Artefato apreendido, porém desmuniado. Irrelevância. Potencial lesivo do instrumento que se encontra *in re ipsa*. Acórdão mantido726

SEGURO – VIAGEM INTERNACIONAL 193

SISTEMA DE REPARTIÇÃO DE PODERES 57

SOBERANIA DOS VEREDITOS902

SONEGAÇÃO FISCAL

Medida cautelar de sequestro de bens. Ilegitimidade passiva da pessoa jurídica administrada pelo apelado. Sociedade empresária que não figura no polo passivo da ação principal. Inviabilidade do sequestro em relação a ela. Inteligência do art. 1º do Decreto-lei 3.240/1941. Sequestro de valores pertencentes ao sócio administrador da pessoa jurídica. Requisitos previstos no Decreto-lei 3.240/1941 devidamente preenchidos761

SUBSTITUIÇÃO DA PENA.....859

SÚMULAS – STF

N. 491977
 N. 713 892 e 901
 N. 719859
 N. 722 59

SÚMULAS – STJ

N. 7124
 N. 54 304, 343 e 565
 N. 227526
 N. 362 304 e 343
 N. 388440
 N. 421.....772

SUSPEIÇÃO 301 e 318

SUSPENSÃO DE LIMINAR

Vedado exame de mérito da causa principal. Abertura de edital de concurso público precedida de estudo de estimativa de impacto financeiro e orçamentário. Art. 169, §1º, da Constituição Federal e Arts. 16 e 17 da Lei Complementar n. 101/00. Presunção de reserva dos valores necessários ao provimento dos respectivos cargos. Decisão atacada de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal. Ausência de lesão significativa ao erário..... 133 e 135

TENTATIVA – CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – IMPOSSIBILIDADE834 e 846

TEORIA COMPLEXA DO DIREITO	952
TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS – <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i>	391
TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES	
Apelação criminal. Preliminar. Inépcia da denúncia. Arguição rejeitada. Almejada a absolvição por insuficiência de provas ou a desclassificação para uso compartilhado de drogas. Inviabilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Acusado surpreendido transportando 283 frascos de cloreto de etila – “lança-perfume”. Recorrente que, além de transportar, trazia consigo e guardava os entorpecentes. Adequação da conduta ao dispositivo legal. Absolvição ou desclassificação inviáveis	834
TRAMITAÇÃO DIRETA DO INQUÉRITO	821
TRANSAÇÃO PENAL	1039
TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS	70
UNIÃO ESTÁVEL	403
VÍCIO OCULTO DO PRODUTO	421
VÍCIO REDIBITÓRIO	360
VULNERABILIDADE	193 e 203
ZONEAMENTO	993

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alexandre d'Ivanenko	436
Carlos Adilson Silva.....	626 e 641
Carlos Alberto Civinski	726, 761 e 774
Carlos Roberto da Silva	982 e 1024
Celso de Mello	74
Cesar Abreu.....	676
Dias Toffoli	63
Domingos Paludo.....	294
Eduardo Mattos Gallo Júnior	446
Eládio Torret Rocha.....	366 e 1102
Ernani Guetten de Almeida.....	815
Francisco Falcão	1096
Gaspar Rubick.....	492
Getúlio Corrêa	732
Gilberto Gomes de Oliveira.....	223
Gilmar Mendes	25
Herman Benjamin.....	109
Humberto Martins.....	97
Jairo Fernandes Gonçalves.....	403
Jânio Machado	157, 566 e 592
João Batista Góes Ulysséa.....	301
João Henrique Blasi.....	655
Joel Dias Figueira Júnior.....	396
Jorge Luis Costa Beber	381
Jorge Schaefer Martins.....	867 e 877
José Carlos Carstens Köhler.....	544
José Everaldo Silva.....	740
José Inacio Schaefer	560
Júlio César M. Ferreira de Melo.....	193
Leandro Katscharowski Aguiar	1025 e 1035
Leopoldo Augusto Brüggemann	821, 834 e 861

Luiz Fernando Boller.....	473 e 511
Luiz Fux.....	32
Luiz Zanelato.....	168, 175 e 188
Márcio Umberto Bragaglia.....	1036 e 1064
Marcus Tulio Sartorato.....	347 e 357
Maria do Rocio Luz Santa Ritta.....	1089
Marlon Negri.....	963 e 981
Moacyr de Moraes Lima Filho.....	694
Nefi Cordeiro.....	89
Nelson Juliano Schaefer Martins.....	1098
Orlando Luiz Zanon Junior.....	939 e 962
Paulo Roberto Camargo Costa.....	466
Paulo Roberto Sartorato.....	783
Pedro Manoel Abreu.....	146 e 663
Raulino Jacó Brüning.....	282
Rejane Andersen.....	454
Ricardo Roesler.....	604 e 683
Roberto Lucas Pacheco.....	719, 892 e 932
Robson Luz Varela.....	497
Rogério Mariano do Nascimento.....	1107
Ronei Danielli.....	251
Sérgio Izidoro Heil.....	412
Teori Zavascki.....	49
Torres Marques.....	133 e 137
Tulio Pinheiro.....	536
Volnei Celso Tomazini.....	799

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Comissão Permanente de Jurisprudência

Seleção e definição de conteúdo

1ª Vice-Presidência

Gerenciamento, formatação de conteúdo e formulação de índices

Diretoria de Documentação e Informações

Revisão gramatical

Diretoria de Infraestrutura – Divisão de Artes Gráficas

Projeto gráfico, editoração eletrônica, impressão e acabamento

